Comentario crítico-jurídico-literal

á las

ochenta y tres Leyes de Toro;

su autor

DON SANCHO DE LLAMAS Y MOLINA,

Colegial en el Mayor de San Ildefonso, Universidad de Alcalá, Doctor en ambos Derechos en la misma, y Consejero Togado en el Real y Supremo Consejo de Hacienda.

TOMO PRIMERO.

Madrid.

Imprenta de Repullés, plazuela del Angel.

Año 1827.

Vivet, et à nullo tenebris damnabitur ævo.

Luc. de Pharsalia.

PRÓLOGO DE ESTA OBRA.

Habiendo cumplido ocho años de beca en el Colegio mayor de san Ildefonso, Universidad de Alcalá, y dado punto á los Estudios Académicos, vine á la Corte en solicitud de mi acomodo en la carrera de la Magistratura; y para divertir la ociosidad, que es harto frecuente en semejante situacion, propuse dedicarme al estudio de las leyes patrias, y entre ellas elegí con preferencia las de Toro, por contenerse en las mismas los puntos mas capitales de nuestra jurisprudencia nacional, y haberse formado con mucho juicio y meditacion, pues como dice Baeza en el capítulo 11 *de non meliorandis ratione dotis filiabus*, número 110, "entre nosotros las leyes de Toro son estimadas mas que las otras constituciones de España, porque creemos no hay en ellas cosa alguna que no se hubiese discutido, y con mucho juicio considerado para la pública utilidad." *Ibi apud nos leges Tauri supra cœteras Hispaniœ constitutiones in pretio sunt, nihil in eis credimus esse, quod non discussum, ac magnopere consideratum ad publicam utilitatem fuerit.* Hasta aqui Baeza; y formar un epítome ó resúmen de sus disposiciones que me sirviera de prontuario para la resolucion de las dudas que me ocurrieran en el ejercicio de la judicatura.

Promovido á Alcalde del crímen de la Real Audiencia de Aragon, y sucesivamente á Oidor de la misma, á Regente de la Real Audiencia de Valencia, y últimamente á Ministro Togado del Real y Supremo Consejo de Hacienda, en tan varios y diversos destinos nunca desistí del propósito que habia formado de comentar las leyes de Toro, y siempre que me permitia algun descanso el despacho corriente de los negocios que tenia que desempeñar por razon de mis respectivos empleos volvia mi atencion al objeto favorito de comentar las leyes de Toro.

Por lo que acabo de manifestar se vendrá en conocimiento de las suspensiones é interrupciones que habrán sufrido mis trabajos destinados á la empresa, habiéndome sucedido varias veces tener que volver á estudiar de nuevo la materia de la ley, cuyo Comentario interrumpí por atender al desempeño de otras obligaciones.

Me propuse como norte ó guía de esta dificil y escabrosa em-

presa al Maestro Antonio Gomez, que ciertamente ha descollado entre todos nuestros jurisconsultos que tomaron á su cargo formar Comentarios á las leyes de Toro, por haberlo ejecutado con mejor suceso, espendiendo en su ilustracion ó declaracion mayor copia de doctrina, y no haberse dejado alguna por comentar. No por esto fue mi ánimo seguir ciegamente sus opiniones sin examinarlas antes y pesar sus fundamentos, adoptando aquellas que me pareciesen mas arregladas y conformes á la letra y espíritu de la ley, y rebatiendo las que no guardaban esta conformidad; lo que me puso en la precision de consultar otros autores que de intento hicieron Comentarios á las espresadas leyes, de que formaré un catálogo al fin de este prólogo; habiendo tenido tambien presentes y examinado con detencion los principales escritores nacionales que por incidencia ilustraron y esplicaron algunas leyes de Toro, como lo echarán de ver mis lectores en el cuerpo de esta obra; pudiendo asegurar, sin temor de engañarme, que ni por adhesion ni emulacion he adoptado ó impugnado opinion alguna de los autores que cito, sino únicamente impelido del amor á la verdad y zelo por la justicia, siguiendo en esta parte el dictámen del sabio Cardenal de Luca en el proemio de su grande obra *Theatrum veritatis et justitiæ*, quien dice, que el fin ú objeto de los que dan al público sus trabajos literarios no ha de ser el de la vanidad ó ambicion de conseguir honores y dignidades, sino otro muy diverso, cual es el de la caridad para con los venideros, y el zelo por la verdad y la justicia, á fin de que tanto los Jueces como los Abogados aprendan el arte ó ciencia de juzgar bien y consultar.

Como varias veces no me pareciesen bastante fundadas las opiniones de Antonio Gomez, me ví en la precision de consultar algunos de nuestros mas clásicos escritores que tomaron á su cargo igual empresa; y como en estos tambien encontré alguna diferencia ó variedad en sus dictámenes, tuve la necesidad de examinarlas radicalmente con la debida detencion, lo que hizo que el epítome ó prontuario que me propuse al principio viniese á ser un verdadero Comentario.

Cuando me ha parecido indispensable separarme del dictámen de algunos de nuestros mas célebres escritores, y de impugnar sus opiniones, por parecerme contrarias y repugnantes á las leyes, y aun á la razon misma, lo he ejecutado con la moderacion y decoro que exige la urbanidad y la religion, sin propasarme á insultar las personas de tan doctos y beneméritos autores, cuya sabiduría, talento é ingenio no solo respeto y admiro, sino lo envidio, aprovechándome del parecer del sapientísimo Melchor Cano, quien tratando en el libro 7.° de su incomparable obra *de Locis Theologicis*, del mérito que debe

hacerse de la autoridad de los Santos Padres, no teme afirmar en el capítulo 3.° que ninguno, por santo y erudito que haya sido, estuvo exento de cometer errores en sus escritos, por lo que juiciosamente aconseja que se lean los antiguos Santos Padres con respeto y reverencia, pero al mismo tiempo con discernimiento y una juiciosa crítica, porque en realidad son hombres capaces de padecer engaño en sus opiniones : *nemo, quantumvis eruditus, et sanctus, non interdum allucinatur, non alicubi cœcutit, non quandoque labitur* ∴ : *legentur, itaque, à nobis Patres veteres cum reverentia quidem, sed ut homines cum delectu atque juditio.* Si he tenido ó no justas razones para disentir del parecer de varones tan respetables, lo juzgarán mis lectores, que usando de igual libertad podrán abrazar mis opiniones ó rebatirlas.

Consultando á la mayor claridad he creido conveniente formar á cada ley su particular Comentario, ciñéndome á su disposicion, sin comprender en el mismo otras leyes, separándome del método que en esta parte ha seguido Antonio Gomez, á quien han imitado otros comentadores; pues por lo mismo que las leyes que aqui se intentan unir parece guardan entre sí cierta semejanza ó analogía en sus resoluciones, he creido ser mas conveniente y aun necesario comentarlas con separacion, á fin de poner de manifiesto con la posible claridad la diferencia que realmente media entre unas y otras, siendo bien constante que ninguna ley de Toro repite la disposicion de otra que le precede.

Tambien he creido conduciria mucho á la claridad de esta obra é ilustracion de mis lectores manifestar brevemente en todas las leyes que guardan alguna analogía con el derecho romano ó lo suponen, las disposiciones de este, para que mas fácilmente se venga en conocimiento de lo que el nuestro se separa ó conforma con él, pues á la verdad nuestro derecho patrio tiene tal enlace y conexion con el romano, que en la actualidad es casi imposible imponerse en el derecho Real sin tener un exacto conocimiento del que recopiló Justiniano; no siendo el código mas completo que tenemos de jurisprudencia, que es el de las Partidas, en realidad otra cosa que las leyes romanas traducidas sustancialmente al español, como se convencerá el que coteje las leyes de las partidas 3.ª, 4.ª, 5.ª, 6.ª y 7.ª, de que nos da un testimonio irrefragable el sabio Cardenal de Luca en el discurso 2.° *de servitutibus*, donde dice que cuando en las leyes civiles ocurre alguna duda recurren á las Partidas los jurisconsultos italianos; pero lo qúe todavia persuade hasta la evidencia esta verdad, es el íntimo enlace que han dado los autores nacionales á la jurisprudencia romana con la nuestra, pues aun en la materia de mayorazgos, propia y

peculiar de la nacion española, el que quisiere sondear y pesar las razones y fundamentos que alegan nuestros principales mayorazguistas, como son el señor Molina, Mieres, los Rojas y Aguila, sin estar bien instruido en los principios de la jurisprudencia romana, despues de un ímprobo trabajo se veria precisado á desistir del empeño escarmentado; como ya lo manifesté en el discurso que hice de las obligaciones de los Abogados siendo Regente de la Real Audiencia de Valencia.

A pesar de las frecuentes y largas interrupciones que ha padecido la continuacion de esta obra, llegó en fin á concluirse despues de mas de cuarenta años de haberse principiado.

Si mis tareas han correspondido al objeto que me propuse, y producido el efecto que era de esperar, lo juzgarán mis lectores, pudiendo entre tanto asegurarles que mi intento en una empresa tan ardua y dificil no ha sido otro que el procurar dar claridad á unas leyes que merecen la preferencia entre todas las nacionales, por contenerse en ellas la médula y núcleo de nuestra jurisprudencia práctica, y fijarse en las mismas el estado actual del derecho privado ó que debe regir entre los particulares.

A imitacion de lo que hicieron Diego del Castillo, Palacios Ruvios y Marcos Salon (vulgo de Paz) he puesto á la cabeza de esta obra la Pragmática espedida por la Reina doña Juana á 7 de Marzo de 1505 para la publicacion de estas leyes de Toro, á que sigue á continuacion una Disertacion histórica que puede servir de esposicion á la misma Pragmática, en que manifiesto el lugar y tambien el tiempo en que se formó y ejecutó el proyecto de hacer estas leyes, que despues se llamaron de Toro, por ser el pueblo donde se publicaron, cuánto tiempo se ocupó en su formacion, dónde se concluyeron, y dió la última mano, por cuyo medio se vendrá en conocimiento que solo los señores Reyes Católicos don Fernando y doña Isabel han sido los únicos Soberanos que establecieron estas leyes, sin que tuviese parte alguna en su formacion la señora Reina doña Juana, á quien no falta escritor que la haga autora de ellas, y aun en algunos epígrafes de las leyes de la Recopilacion se comete el mismo error, como se ve en varias leyes del título 2.° y 3.° del libro 5.° de la misma, cuyo defecto virtualmente se halla corregido en la edicion de la última y Novísima Recopilacion, en la que en el epígrafe solo se espresa ser las leyes de Toro, con sola la indicacion de su órden numeral, y continúa un breve Epítome ó indicacion del contenido de cada una de las leyes.

Voy á hacerme cargo de las objeciones que podrán ponerse á esta obra, y procurar satisfacerlas en el modo que he creido bastará á disiparlas. Acaso no faltará quien se persuada haya sido inútil y ocioso

el trabajo que me he tomado en comentar las leyes de Toro, cuya esposicion estaba ya completamente desempeñada por varios jurisconsultos nacionales, y algunos de ellos de los mas clásicos, de que podrá inferirse que mi empresa ha sido efecto de una desmedida presuncion ó de una manifiesta necedad; lo primero por creerme capaz de aumentar las luces que esparcieron los que me precedieron en este empeño, ó de corregir sus errores; lo segundo por ser inútil y escusado haber empleado el tiempo en escribir sobre una materia en que únicamente se repetia lo que anteriormente ya estaba dicho, sin aumentar cosa alguna á los que me habian precedido,

Si esta objecion tuviera la solidez que á primera vista presenta, podria obrar igualmente contra los que escribieron de estas leyes despues de los primeros comentadores, y esto no obstante ni se les imputa á temeridad ó arrogancia su empresa, ni tampoco á necedad, acreditando constantemente la esperiencia que no solo en la jurisprudencia sino en las demas ciencias cada dia se adelanta en ellas en la sustancia ó en el modo con nuevos escritos, esparciendo nuevas luces, ó dando un nuevo órden ó método á lo que antes se habia dicho, facilitando por este medio la inteligencia de los lectores. Habiéndose propuesto Arnoldo Vinio en su epístola dedicatoria de su docta obra *de partitionibus juris civilis* un argumento semejante, creyó estaba suficientemente disuelto y desvanecido con la siguiente declamacion: ¿cuál ha sido hasta ahora tan dichoso y feliz que habiendo emprendido tratar de una materia, lo ejecutase tan completamente que hiciese inútiles y supérfluos los conatos y esfuerzos de los que intentasen la misma empresa? *¿Nam quis unus eo unquam felicitatis pervenit, ut suis unius vigiliis aliorum prescriberet prejudicaretque industriæ?* Si, pues, en dictámen de este sabio jurisconsulto no hay ninguno que hasta ahora pueda lisonjearse de haber puesto por lo menos en la jurisprudencia con sus luces y escritos una barrera incapaz de ser superada por los venideros, ¿por qué no ha de ser libre á cualquiera hacer nuevos esfuerzos para mejorar los trabajos agenos si no en el todo, á lo menos en alguna parte? Y ya que no sea en lo sustancial, podrá ser en el órden, método y claridad, para manifestar lo que antes ya se habia dicho sin ella, y por último la satisfaccion ó descargo de esta objecion la dejo al juicio de mis lectores, despues que hayan examinado y reconocido con detencion mis trabajos, los que si no han correspondido á mis deseos, merecen indulgencia por los esfuerzos con que por tan dilatado número de años he continuado con empeño esta obra, sin otro objeto que mejorar y reunir en ella cuanto bueno se encuentra esparcido en los diversos autores que han es-

crito sobre la inteligencia de estas mismas leyes; y por último, sea cual quiera el juicio de mis lectores, no debo ser declarado culpable antes de ser oido.

Otra objecion podrá ponerse á mi obra, sino en cuanto á la sustancia, á lo menos en cuanto al modo; reducida á que mis Comentarios se han puesto en castellano, y no en latin, como lo han ejecutado casi generalmente todos los que han comentado las leyes de Toro, y aun las demas reales, como se echa de ver en Montalvo, comentador del fuero juzgo; Gregorio Lopez de las Partidas; Acevedo, Gutierrez, Narvona, Carrasco y otros de la Recopilacion, cuyo constante uso deberia seguir á ejemplo de tantos autores beneméritos para no haberme separado del método que ellos observaron.

Para satisfacer esta objecion, que á primera vista tiene visos de fundada, conviene advertir que todas nuestras leyes estan en lengua castellana, á imitacion de lo que observó Moisés poniendo en lengua hebrea las leyes que dió al pueblo de Israel, habiendo seguido respectivamente el mismo ejemplo los demas legisladores, asi fenicios, griegos y romanos, y cuantos han dado leyes á los pueblos, publicándolas en el idioma vulgar de los mismos; ni cabia hacer otra cosa, pues siendo las disposiciones de las leyes unos preceptos de lo que se debe hacer ó evitar, habria sido un manifiesto absurdo publicarlas en un idioma estraño y desconocido á los que las habian de observar, de que tenemos dos ejemplos memorables en la Sagrada Escritura: el primero en Adan y Eva, á quienes en su lengua é idioma propio intimó Dios el precepto de no comer la fruta del árbol de la vida, y el segundo en los preceptos del Decálogo, escritos por mano del mismo Dios en lengua hebrea para la inteligencia y observancia que habia de hacer de ellos el pueblo de Israel; ni podia á la verdad darse cosa mas repugnante que escribir leyes en idioma ignorado de los mismos que debian observarlas, porque si la ley no obliga, como es constante, antes de su publicacion y noticia, ¿cómo habian de obligar las leyes publicadas en lengua estraña y desconocida, que tanto despues como antes de su publicacion eran igualmente ignoradas?

Persuadido de esta verdad el Rey don Fernando III, queriendo que continuase la observancia del Código Gótico, que estaba en latin, mandó que se tradujese á la lengua castellana. Siendo, pues, constante que las leyes para la inteligencia y conocimiento del pueblo que las ha de observar deben escribirse en el idioma del mismo, teniendo los Comentarios que se hacen á ellas igual objeto de facilitar el conocimiento é inteligencia de las mismas, es á todas luces claro que

el idioma en que se escriban los Comentarios no debe ser diverso, sino el mismo en que estan escritas las leyes.

El Doctor Pedro Simon de Abril en sus apuntamientos acerca de cómo se deben reformar las doctrinas y la manera de enseñarlas, tratando de los errores que se cometen en el derecho civil, y contrayéndose á los comentadores de las leyes nacionales, se esplica en estos términos: "este pío zelo de los pasados Reyes lo han obscurecido los Doctores, que pareciéndoles que les era mas honor escribir bárbaramente en latin que elegante en castellano, les han hecho Comentarios ó declaraciones en lenguaje estraño, haciendo cuanto es de su parte inútil al pueblo aquel derecho, yendo contra el santísimo intento de los buenos legisladores: porque el intento de estos fue que el pueblo supiese las leyes por donde se ha de gobernar para que las pusiese en práctica; y el de los glosadores fue que los hombres no las entendiesen, porque acudiesen á ellos como á oráculos á preguntar el entendimiento de la ley. Porque si aquellas sus declaraciones son de momento para el entendimiento de las leyes, ¿por qué no las hacen de manera que el pueblo se pueda servir de ellas para mejor entender las leyes conforme á las cuales han de vivir? Y si no sirve de nada para esto, ¿para qué hacen mas costosos los libros con sus vanas declaraciones? No lo hicieron asi aquellos consultos romanos, sino que las leyes escritas en lengua romana para uso del pueblo romano las declararon en lengua romana, y no en griega, para que mejor pudiesen entendellas los romanos. A cuyo ejemplo ellos las leyes castellanas las habian de declarar en lengua castellana, y no en latina, para que las entendiese mejor el pueblo castellano."

Me resta advertir el particular cuidado y solicitud que he puesto en asegurarme de las doctrinas de los autores que no me han parecido conformes con las leyes, para procurar impugnarlas, pudiendo asegurar sin exageracion que ha habido autor que he leido diez ó mas veces en un punto para comprender su dictámen y poder impugnarlo sin peligro de engañarme; y con el mismo cuidado he procurado proponer los fundamentos de mis opiniones con claridad y en términos de que los percibiesen mis lectores, aunque alguna vez haya parecido prolijo en la repeticion de nombres y cosas, para la mas fácil inteligencia, por haber preferido ser nimiamente claro á incurrir en la nota de obscuro y hablar en términos de no darme á entender, teniendo presente aquella máxima de Ciceron en el capítulo 8.° de la Filíppica 3.ª, que era menos malo ser mudo, que hablar de forma que nadie lo pudiese entender, y la sentencia de Horacio *bre-*

vis esse laboro, obscurus fio; por lo que Plinio el menor graduando en lo que consiste la brevedad en esplicarse, dice en la epístola 6.ª del libro 5.°, que esta estriba no en que se diga menos, sino en que no se diga mas de lo que conviene; *nos brevitatem in eo ponimus, non ut minus, sed ne plus dicatur quam opportet.*

Desembarazado ya de las objeciones que podrian oponérseme, he creido conveniente dar una breve y sucinta noticia de los autores que de intento se han propuesto comentar las leyes de Toro, refiriéndolos por órden cronológico.

El primero que tomó á su cargo esta dificil empresa fue Diego del Castillo, natural de Molina en Castilla, Colegial en el de san Clemente de los españoles de Bolonia, y Doctor en ambos derechos, y publicó su obra en Burgos el año de 1527, poniendo á la frente las leyes de Toro glosadas.

A imitacion de Castillo comentó las mismas leyes Miguel de Cifuentes, oriundo de Oviedo, y dió á luz su obra en Salamanca el año de 1536, titulándola: *Bona lectura, sive declaratio legum Taurinarum.*

El docto Juan Lopez de Palacios Ruvios, Colegial del mayor de san Bartolomé, Doctor en ambos derechos, del Consejo de S. M., se dedicó igualmente á escribir Comentarios á las leyes de Toro, que se publicaron en Salamanca por Alonso Perez de Vivero, su hijo, el año de 1542, con el título: *Glossemata legum Tauri*, en el que concurrió la particular circunstancia de haber asistido en las Córtes de Toro á la revision que se hizo de las espresadas leyes antes de su publicacion, como él mismo lo afirma en varios lugares de sus Comentarios.

Fernando Gomez Arias, natural de Talavera, emprendió ilustrar con sus Comentarios las leyes de Toro, y los publicó en Alcalá de Henares el año de 1546, con el siguiente título: *Subtilissima, et valde utilem glossam ad famosissimas ac subtiles, ac necessarias, ac quotidianas leges Tauri.*

Despues de estos se dedicó á igual empresa el Maestro Antonio Gomez, y escribió sus Comentarios á las 83 leyes de Toro, que se publicaron en Salamanca el año de 1555, con el siguiente título: *Antonii Gomezii ad leges Tauri Commentarium absolutissimum.*

Marcos Salon de Paz (por otro nombre vulgo de Paz), Abogado en la Real Chancillería de Valladolid, en el año de 1578, bajo de este título: *Ad leges Taurinas insignes Commentarii, nunc primum editi, quorum hic codex, primus est tomus, in quo quatuor insunt exactissimæ relationes.* Aunque este tomo es bastante abul-

tado, su esposicion ó Comentario no pasa de la ley 3.ª de Toro.

Este autor nos da noticia de otro comentador de las leyes de Toro, conocido bajo el nombre del Anónimo de Calatayud, en su Comentario á la ley 3.ª de Toro, número 888, párrafo *verum ex dicta lege*, donde con referencia á dicho anónimo de Calatayud afirma que al presente no es necesario dejar á los hijos la legítima, segun la ley del ordenamiento (es la 1.ª, título 2.º, libro 5.º), de cuya opinion dice era Calatayud, como lo manifiesta en su Comentario á la ley 6.ª de las de Toro.

A Marcos Salon de Paz siguió Ruiz Velazquez de Avendaño, Profesor de derecho en la Universidad de Alcalá de Henares, y despues Abogado en la Real Chancillería de Valladolid, que escribió Comentarios á las leyes de Toro, y los imprimió en el año de 1588 con el siguiente título: *Legum Taurinarum à Ferdinando et Joanna Hispaniarum Regibus, felicis recordationis, utilissima glossa sequitur;* sus Comentarios principian en la ley 4.ª, y concluyen en la 46.

Otro de los comentadores á las mismas leyes fue Juan Guillen de Cervantes, oriundo de la ciudad de Sevilla, Doctor y profesor en Cánones en la Academia de la misma Ciudad, que publicó sus Comentarios en Madrid el año de 1594, en los que comprendia únicamente las 16 leyes primeras de Toro con este título: *Prima pars commentariorum in leges Tauri.*

Un año despues dió á luz una obra concerniente al mismo asunto Tello Fernandez, Jurisconsulto y Abogado en la Real Chancillería de Granada, y la publicó en Madrid el año de 1595, bajo el título: *Prima pars commentariorum in primas triginta et octo leges Tauri*

Despues de Tello Fernandez, y en el año de 1598, publicó en Salamanca Diego Gomez Cornejo, nieto del Maestro Antonio Gomez, Catedrático de prima del derecho civil en la universidad de Osuna, sus adiciones á los Comentarios de las leyes de Toro que publicó su abuelo.

Todos estos escritores que se dedicaron á formar Comentarios á las leyes de Toro florecieron en el Siglo XVI, en el mismo que se publicaron dichas leyes, y de estos Marcos Salon, vulgo de Paz, Avendaño, Cervantes y Tello Fernandez solo comprendieron un corto número de leyes, pues el que mas los estendió fue Avendaño, y apenas llegó á la mitad de ellas.

En el Siglo XVII no creo haya habido ninguno que comentase estas leyes; y si en realidad lo hay no ha llegado á mi noticia. En el Siglo XVIII tampoco sé hubiese emprendido alguno el trabajo de es-

cribir Comentarios propiamente dichos á las leyes de Toro, pues aunque don Juan Perez Villamil, Abogado del Colegio de esta Corte, escribió sobre la inteligencia de las leyes de Toro, su obra se limitó á compendiar la doctrina de Antonio Gomez y de su adicionador y nieto Diego Gomez Cornejo, bajo el título siguiente: *Doctrina Antonii Gomez, et ejus addentis et nepotis Didaci Gomez Cornejo, ad leges Tauri enucleatas, et in compendium redactas;* la que publicó en Madrid el año de 1776.

A imitacion de don Juan Perez Villamil escribió otro compendio de la doctrina de Antonio Gomez en sus Comentarios á las leyes de Toro el Licenciado don Pedro Nolasco del Llano, Abogado de los Reales Consejos, y Corregidor en la villa de Trebugena, habiendo titulado su obra: *Compendio de los Comentarios estendidos por el Maestro Antonio Gomez á las 83 leyes de Toro,* el que salió á luz en Madrid año de 1785.

Ultimamente escribió unos Comentarios en forma de diálogos á las 83 leyes de Toro don Juan Alvarez Posadilla, del Consejo de S. M., y Fiscal del crímen de la Real Audiencia de Valencia, los que imprimió por primera vez en el año de 1796 con este título: *Comentarios á las leyes de Toro segun su espíritu y el de la legislacion de España*, en que se tratan las cuestiones prácticas.

Doña Juana, por la gracia de Dios Reina de Castilla, de Leon, de Granada, de Toledo, de Galicia, de Sevilla, de Córdoba, de Murcia, de Jaen, de los Algarves, de Algecira, de Gibraltar, de las Islas de Canaria; Señora de Vizcaya, y de Molina; Princesa de Aragon, y de Sicilia; Archiduquesa de Austria, Duquesa de Borgoña; al Príncipe Don Cárlos, mi muy caro y muy amado hijo, á los Infantes, Duques, Perlados, Condes, Marqueses, Ricos homes, Maestres de las Ordenes, y á los del mi Consejo, y Oidores de las mis Audiencias; y á los Comendadores, y Subcomendadores, Alcaides de los castillos, y casas fuertes y llanas, y á los Alcaldes de la mi Casa y Corte, y Chancillerías, y á todos los Corregidores y Asistentes, y Alcaldes y Merinos, y otr s Justicias y Jueces cualesquier, de todas las ciudades, y villas y lugares de los mis reino y señoríos, asi realengo como abadengo, órdenes y behetrías y otros cualesquier señoríos y personas de cualquier condicion que sean, y á cada uno y cualquier de vos á quien esta mi Carta fuere mostrada, ó su traslado, signado de Escribano público: salud y gracia. Sepádes que al Rey mi señor y padre, y á la Reina mi señora madre, que santa gloria haya, fue hecha relacion del gran daño y gasto que recebian mis súbditos y naturales á causa de la gran diferencia y variedad que habia en el entendimiento de algunas Leyes de estos mis reinos, asi del Fuero, como de las Partidas y de los Ordenamientos, y otros casos donde habia menester declaracion, aunque no habian Leyes sobre ello: por lo cual acaescía que en algunas partes destos mis reinos, y aun en las mis Audiencias, se determinaba y sentenciaba en un caso mismo, unas veces de una manera, y otras veces de otra; lo cual causaba la mucha variedad y diferencia que habia en el entendimiento de las dichas Leyes entre los Letrados de estos mis reinos, y sobre esto por los Procuradores de las cortes que los dichos Rey y Reina mis señores tuvieron en la ciudad de Toledo el año que pasó de quinientos y dos, les fue suplicado que en ello mandasen proveér de manera, que tanto daño y gasto de mis súbditos se quitase, y que hubiese camino como las mis Justicias pudiesen sentenciar y determinar las dichas dudas, y acatando ser justo lo susodicho, é informándoos del gran daño que de esto se recrescía, mandaron sobre ello platicar á los del su Consejo y Oidores de sus Audiencias, para que en los casos que mas continuamente suelen ocurrir y haber las dichas dudas, viesen y declarasen lo que por Ley en las dichas dudas se debia de allí adelante guardar; para que visto por ellos lo mandasen proveér como conviniese al bien de estos mis reinos y súbditos de ellos: lo cual todo visto y platicado por los del su Consejo y Oidores de sus Audiencias, y con ellos consultado, fue acordado que debian mandar proveer sobre ello, y facer Leyes en los casos y dudas, de la manera siguiente. Acaso que los dichos Rey y Reina, mis señores padres, viendo que tanto cumplia al bien de estos mis reinos y súbditos de ellos, tenian acordado de mandar publicar las dichas Leyes; pero á causa del ausencia del dicho señor Rey mi padre de estos reinos de Castilla, y despues por la dolencia y muerte de la Reina mi señora madre, que haya santa gloria, no hubo lugar de se publicar como estaba por ellos acordado, y agora los Procuradores de cortes que en esta ciudad de Toro se juntaron á me jurar por Reina é Señora de estos reinos, me suplicaron que pues tantas veces por su parte á los dichos Rey y Reina mis señores les habia sido suplicado que en esto mandasen proveér, y las dichas Leyes estaban con mucha diligencia fechas, y ordenadas, y por los dichos Rey y Reina mis señores vistas y acordadas, de manera que no faltaba sino la publicacion de ellas; que considerando cuánto provecho á estos mis reinos de esto vernía, que por les facer señalada merced tuviese por bien de mandar publicarlas y guardarlas, como si por el dicho Rey y Reina mis señores fueran publicadas, ó como la mi merced fuese.

Y porque la guarda de estas dichas Leyes paresce ser muy cumplidero al servicio de Dios, y mio, y á la buena administracion y ejecucion de la justicia, y al bien y

pró comun de estos mis reinos y señoríos, Mando por este cuaderno de estas Leyes, ó por su traslado signado de escribano público, al Príncipe D. Cárlos, mi muy caro y amado fijo, y á los Infantes, Duques, Condes, Marqueses, Perlados y Ricos homes y Maestres de las Ordenes, y á los del mi Consejo y Oidores de las mis Audiencias, y Alcaldes y otras Justicias y Oficiales de la mi Casa y Corte, y Chancillerías, y á los Comendadores y Subcomendadores, y Alcaídes de los castillos y casas fuertes, y á los mis Adelantados, y Consejos y Personas, y Justicias, Regidores, Caballeros y Escuderos, Oficiales y Homes buenos de todas cualesquier ciudades, y villas y lugares de los mis reinos y señoríos; y á todos mis súbditos, naturales de cualquier ley, estado y condicion que sean, á quien lo contenido en las dichas Leyes, ó cualquier de ellas atañe ó atañer puede, ó á cualquiera de ellos que vean las dichas Leyes de suso incorporadas y cada una de ellas, y en los pleitos y causas que de aquí adelante de nuevo se movieren y escomenzaren, guarden y cumplan y ejecuten, y las fagan guardar y cumplir y ejecutar en todo y por todo, segun que en ellas y en cada una de ellas se contiene, como Leyes generales de estos mis reinos, y los dichos Jueces juzguen por ellas; é los unos ni los otros no vayan, ni pasen, ni consientan ir, ni pasar contra el tenor y forma de ellas, en algun tiempo, ni por alguna manera: sopena de la mi merced y de las penas en las dichas Leyes contenidas. Y de esto mandé dar esta mi Carta y cuaderno de Leyes firmada del nombre del Rey mi señor y padre, Administrador y Gobernador de estos mis reinos y señoríos, y sellado con el sello del Rey y Reina mis señores padre y madre, porque á la sazon no estaba hecho el sello de mis armas. E mando que sean apregonadas públicamente, y en la mi corte, y que dende en adelante se guarden y aleguen por Leyes generales de mis reinos. E mando á las dichas mis Justicias y á cada una de ellas, en sus lugares y jurisdiciones, que luego las fagan apregonar públicamente por ante escribano, por las plazas y mercados y otros lugares acostumbrados. E mando á los de mi Consejo que dén, y libren mis Cartas y sobre Cartas de este cuaderno de Leyes, para las ciudades y villas y lugares de mis reinos y señoríos, donde vieren que cumple y fuere necesario. E los unos ni los otros no fagades ni fagan ende al por alguna manera, sopena de la mi merced y de diez mil maravedís para la mi Cámara, á cada uno por quien fincare de lo asi facer y cumplir; y mando al home que vos esta mi Carta mostrare, que vos emplaze que parezcádes ante Mí en la mi Corte, del dia que vos emplazare fasta quince dias primeros siguientes; y mando so la dicha pena á cualquier escribano público que para esto fuere llamado, que dé ende al que vos la mostrare testimonio signado con su signo, porque Yo sepa en como se cumple mi mandado. Dada en la ciudad de Toro á 7 dias del mes de Marzo, año del nascimiento de nuestro Salvador Jesu Cristo, de 1505. = YO EL REY. = Yo Gaspar Gricio, Secretario de la Reina nuestra señora, las fice escribir por mandado del señor Rey su Padre, Administrador y Gobernador de estos sus reinos. = Joannes, Episcopus Cordubensis. = Ferdinandus Tello, Licentiatus. = Dr. Carvajal. = Licentiatus Zapata. = Licentiatus Moxica. = Licentiatus de Sanctiago.

Esposicion de la Pragmática que publicó las Leyes de Toro.

1.º Esta Pragmática se encabeza en nombre de la Reina doña Juana, heredera y propietaria de los reinos de Castilla, de Leon &c., como succesora de la Reina católica doña Isabel, y se firma por el Rey católico, como padre, administrador y gobernador de dichos reinos de Castilla y de Leon &c. La razon ó causa de no hallarse la firma de la Reyna, en cuyo nombre salía la Pragmática, fue el estar ausente con su marido en los estados de Flandes, como consta de nuestras historias, y en particular de la de Segovia, escrita por Colmenares, cap. 36, pár. 2.º, Zurita, lib. 6.º, pár. 2.º, y Mariana lib. 28, caps. 12 y 13.

2.º Se refiere en dicha Pragmática que á los señores Reyes católicos se habia hecho relacion en las cortes que celebraron en Toledo el año de 1502 (en que se juraron la Princesa doña Juana y su marido sucesores á la Corona de Castilla, de Leon &c.) del gran daño y gasto que recibian sus súbditos, á causa de la gran diferencia y variedad que habia en el entendimiento de algunas Leyes del reino, asi del Fuero como de las Partidas y de los Ordenamientos, por lo que acaecía que en algu-

nas partes, y aun en las Audiencias se determinaba y sentenciaba un mismo caso, unas veces de una manera y otras de otra; por todo lo cual los dichos Procuradores de las cortes suplicaron á los señores Reyes católicos se mandase proveer de manera, que tanto daño y gasto de sus súbditos se quitase, y que hubiese camino como las justicias pudiesen determinar y sentenciar las dudas que ocurriesen; y teniendo consideracion á lo espuesto, é informados de la certeza de los daños que se recrecian, mandaron á los de su Consejo y Oidores de sus Audiencias, que en los casos que mas continuamente solian ocurrir, y suscitarse dudas, viesen y declarasen lo que por Ley en dichas dudas se debia de allí adelante guardar, á fin de que visto por los mismos señores Reyes mandasen proveer lo mas conveniente al bien de sus reinos y súbditos de ellos; y habiéndose conferenciado y platicado por los del Consejo y Oidores de sus Audiencias lo conveniente en la materia, y consultado con dichos señores Reyes su parecer y dictámen, acordaron los mismos que debian mandar proveer sobre ello, y hacer Leyes en los casos y dudas de la manera siguiente: (aqui se refieren las Leyes que despues se llamaron de Toro).

3.º Continúa la misma Pragmática manifestando, que supuesto que los referidos señores Reyes tenian acordado de mandar publicar dichas Leyes, lo que no se habia verificado á causa de la ausencia del señor Rey católico su padre de los reinos de Castilla, y despues por la dolencia y muerte de la señora Reina su madre, y que ahora los procuradores de las cortes que se habian juntado en la ciudad de Toro para jurarla por Reina y Señora de estos reinos, la suplicaron, que supuesto que las dichas Leyes estaban con mucha diligencia hechas y ordenadas, y por los dichos señores Reyes vistas y acordadas, de manera que no faltaba sino la publicacion de ellas, que considerando cuánto provecho á estos reinos vendria de su publicacion por hacerles señalada merced, tuviese á bien mandar publicarlas y guardarlas como si por los dichos señores Reyes fueran publicadas.

4.º En seguida se mandó hacer la publicacion de las mencionadas Leyes, y que en los pleitos y causas que en adelante se movieren y comenzasen, se guarden, cumplan y ejecuten en todo y por todo segun en ellas se contiene, como Leyes generales de estos reinos.

De la parte narrativa de esta Pragmática que se acaba de referir se descubren las siguientes verdades: 1.ª Que á instancia de los procuradores de las cortes que se tuvieron en Toledo, se mandaron hacer y formar por los Reyes católicos las Leyes que despues se publicaron en las cortes de Toro. 2.ª Que estando ya ordenadas y concluidas dichas Leyes, fueron vistas y aprobadas por los mismos señores Reyes católicos, los que tenian acordado mandarlas publicar, cuyo acto se habia diferido á causa de la ausencia que hizo de estos reinos de Castilla el señor Rey don Fernando. 3.ª Que dicha publicacion fue mandada hacer en nombre de la señora Reina doña Juana, para que en los pleitos y causas que en adelante se moviesen y comenzasen, se guarden, cumplan y ejecuten en todo y por todo segun en ellas se contiene, como Leyes generales de estos reinos. Fueron, pues, indudablemente los señores Reyes católicos los verdaderos autores de estas Leyes, y la señora Reina doña Juana la que las publicó y sancionó por disposicion del señor Rey don Fernando, como administrador y gobernador del reino en ausencia de su hija, segun lo ordenó en su testamento la señora Reina católica doña Isabel.

Tambien se manifiesta que habiéndose mandado formar las Leyes á instancia de los procuradores de las cortes que se celebraron en Toledo en el año de 1502, no se empezó á tratar de ellas hasta despues de dicha época: igualmente se deduce que, estando ya formadas, ordenadas y aprobadas las espresadas Leyes por los señores Reyes católicos antes del 26 de Noviembre de 1504, en que falleció la señora Reina doña Isabel, como así consta de la citada Pragmática, se ejecutó su formacion y conclusion en el periodo de tiempo que medió desde Mayo del indicado año de 1502, época de la instalacion de las cortes de Toledo, hasta el 26 de Noviembre de 1504, en que falleció la señora Reina doña Isabel.

Queriendo persuadir el P. Burriel que los señores Reyes católicos fueron los verdaderos autores de las Leyes de Toro, y no teniendo presente, ó no creyendo bas-

tante el claro y decidido testimonio que de esta verdad ofrece la Pragmática de la publicacion de las mismas Leyes, se vale en su carta á don Juan de Amaya n. 83., hácia el fin, de una conjetura ó indicacion que forma la Ley 2.ª de Toro, en que se espresa lo que sigue: "Y porque nuestra intencion y voluntad es de mandar recoger y enmendar los dichos Ordenamientos para que se hayan de imprimir y cada uno pueda aprovecharse de ellos." Infiere de aqui que los que hablaban en la mencionada Ley eran los indicados señores Reyes católicos, porque doña Juana... (prosigue) ¿cuándo doña Juana tuvo ni pudo tener en Flandes, viviendo sus padres, intencion de recoger y enmendar los Ordenamientos?

Esta ilacion ó conjetura no es seguramente tan eficaz para probar su intento como las espresiones claras, terminantes y concretas, que se leen en la mencionada Pragmática, y son las siguientes: "Y las dichas Leyes estaban con mucha diligencia fechas y ordenadas, y por los dichos Rey y Reina, mis señores, vistas y acordadas, de manera que no faltaba sino la publicacion de ellas." Ademas de que si las palabras de la mencionada Ley se dirigiesen ó concretasen á una intencion anterior, ó ya pasada, podria inferirse lo que se pretende; pero contrayéndose, como se contraen, á una intencion ó voluntad actual y de presente, segun lo indican las mismas, á saber, nuestra intencion y voluntad *es*, no dice ni envuelve contradiccion que la señora Reina doña Juana hubiese formado aquel designio desde el punto que se defirió á la misma la sucesion á la Corona por la muerte de su madre.

Mas eficaz es, sin disputa, el testimonio que ofrece la Ley 1.ª de Toro para persuadir esta verdad: se afirma en ella con palabras espresas y terminantes, que sus autores en el año de 99 hicieron las Leyes y Ordenanzas que se mandaron guardar en la ordenacion y decision de las causas; y como dichas Leyes y Ordenanzas no las pudieron hacer otros que los señores Reyes católicos, que en aquella época ejercian la soberanía en los reinos de Castilla y Aragon, es visto que estos, y no la señora Reina doña Juana, fueron los autores de la espresada Ley 1.ª de Toro. Oiganse las primeras palabras, para mayor convencimiento: "Y por cuanto Nos obimos hecho en la villa de Madrid el año que pasó de 99 ciertas Leyes y Ordenanzas, las cuales mandamos se guardasen en la ordenacion, y algunas en la decision de los pleitos y causas en nuestro Consejo, y en nuestras Audiencias &c." Es, pues, incontestable que los señores Reyes católicos, que formaron las Leyes y Ordenanzas el año 99 en Madrid, fueron los únicos y verdaderos autores de la Ley 1.ª de Toro. Todavia se encuentra en las mismas Leyes de Toro otro convencimiento, si no mayor, por lo menos igual, de que los señores Reyes católicos fueron los verdaderos autores de ellas. En la 64 clara y terminantemente se dice, que sus autores hicieron ciertas Ordenanzas en la villa de Madrid, á 4 dias del mes de Diciembre de 1502: estas son sus palabras: "Por cuanto en las Ordenanzas que hicimos en la villa de Madrid á 4 dias del mes de Diciembre del año pasado de 1502 años hay una Ordenanza, el tenor de la cual es este que sigue."

Si los autores de esta Ley 64 lo fueron igualmente de las Ordenanzas que se hicieron en la villa de Madrid el año de 1502, ¿cómo ha de ser posible, á no renunciar al sentido comun, poner en duda que los mismos Soberanos que formaron las Ordenanzas en la villa de Madrid el año de 1502 fueron los autores de la Ley 64 de Toro?

Esta misma Ley, á mas de presentarnos una prueba irrefragable de sus autores, nos da fundamento para una reflexion curiosa, que sirve para ilustracion de esta materia, y es la de que se hizo despues del año de 1502, supuesto que á este año ya le llama pasado, y de consiguiente la Ley se formó en el de 503 ó 504.

No es tan fácil fijar el lugar y tiempo en que se formaron las Leyes de Toro, como el descubrir sus autores; ya se ha visto por la Pragmática de la señora Reina doña Juana que con la esposicion que hicieron los procuradores de las cortes del año 1502 de los daños y gastos que se originaban á los súbditos, á causa de la diferencia y variedad con que se entendian las Leyes del reino, y la falta que habia de otras, ordenaron los señores Reyes católicos que por sus Consejeros y Oidores se remediasen los enunciados males, y consultasen sus dictámenes y pareceres, los cuales vis-

tos y aprobados por los mismos Soberanos, se sancionasen y publicasen las Leyes que se hicieron. Todo lo cual, menos la publicacion, estuvo hecho y concluido antes del dia 26 de Noviembre de 1504.

Por la narrativa de la Pragmática podemos asegurar, sin peligro de equivocarnos, que las Leyes que se publicaron en Toro, se formaron en el espacio de tiempo que medió desde las cortes de Toledo en 1502 hasta 26 de Noviembre de 1504; pero no hay igual seguridad para señalar ó indicar los lugares en que se trabajaron algunas Leyes, por los varios pueblos en que residió la corte en el tiempo que medió desde Mayo de 1502 hasta Noviembre de 1504. Sabemos por nuestra Historia, que en el 22 de Abril de 1502 llegó la corte á Toledo, y permaneció en aquella ciudad hasta 18 de Setiembre del mismo año, que se trasladó á Madrid, de donde salió para Alcalá de Henares en 15 de Enero de 1503, y de alli el 14 de Julio del mismo año se dirigió á Segovia pasando por Madrid, y llegó á dicho pueblo el 1.º de Agosto, donde se detuvo hasta el 26 de Noviembre del enunciado año, en cuyo dia se puso en camino para Medina del Campo, y que alli continuó hasta el 26 de Noviembre de 1504, en que se verificó la muerte de la señora Reina doña Isabel.

He sacado este itinerario de Garibay, lib. 19, cap. 14 y siguientes de su compendio de la Historia de España; de Colmenares en el cap. 36, párrafo 19 de la Historia de la ciudad de Segovia, y de Ortiz en el compendio de la Historia de España, lib. 15, cap. 12 y siguientes, cuyos autores concuerdan sustancialmente con el don Lorenzo Galindo de Carvajal en su Crónica, abreviada, manuscrita de los señores Reyes católicos.

De la certeza de estos hechos resulta; que la corte permaneció en Toledo desde las cortes que se celebraron en Mayo de 1502, hasta mediado Setiembre del mismo año, en que se trasladó á Madrid; y de consiguiente su mansion en Toledo fue de cuatro meses con corta diferencia. De Madrid pasó á Alcalá de Henares en 15 de Enero del año siguiente, y continuó alli hasta el 14 de Julio del mismo año de 1503, habiendo sido su estancia de seis meses en aquel pueblo. De Alcalá se encaminó á Segovia, donde llegó el 1.º de Agosto de aquel año, y se detuvo en dicho pueblo hasta 26 de Noviembre de aquel mismo año, resultando que su residencia fue de cuatro meses escasos. Ultimamente hizo tránsito á Medina del Campo, de donde no salió hasta despues del 26 de Noviembre de 1504, que fué el postrer dia de la vida de la señora Reina doña Isabel; de lo que resulta, que en el referido pueblo residió la corte continuamente por espacio de un año, menos pocos dias; y esto dá motivo á congeturar, que en dicha ciudad se concluyó la grande obra del nuevo Código, y se verificó la mayor parte de los trabajos que se emplearon en su formacion, siendo constante que para la perfeccion de las obras literarias es necesario tranquilidad de espíritu, sosiego del cuerpo, continuada lectura, y una profunda meditacion. Todo lo cual pudo verificarse con mayor razon en Medina del Campo, que en los demas pueblos por donde anduvo la corte en el tiempo indicado; debiendo tenerse presente, que segun la historia de aquellos tiempos, nuestros Soberanos no habian fijado la residencia de la corte en ningun lugar determinado, y que viajaban continuamente, segun lo exigian las circunstancias y ocurrencias de los negocios, y acompañados siempre de su Consejo, que fue el encargado de este árduo negocio.

Reasumiendo el resultado de estas diferentes épocas, aparece que la célebre obra del nuevo código de Leyes publicado en las cortes de Toro, se proyectó, continuó, y finalizó en el espacio de treinta meses, sin poderse averiguar en qué lugar ni tiempo se formó cada una de las Leyes que en el mismo se contienen.

No se me oculta que el doctor Palacios Ruvios, comentando la Ley 46 de Toro, afirma que cuando se trató en las cortes de aquella ciudad de formar la dicha Ley, hizo oposicion á ella por juzgarla contraria á razon y derecho; pero que sus clamores no fueron oidos: de que puede inferirse que en dichas cortes de Toro, y no antes, fue cuando en realidad se hicieron las espresadas Leyes, y de consiguiente se destruye la verdad sólidamente establecida, que las mencionadas Leyes no solo se formaron en tiempo de los señores Reyes católicos, sino que los mismos las vieron y acordaron, de manera que no faltaba sino la publicacion de ellas, como espresa y literalmente se contiene en las

palabras de la referida Pragmática ; lo que se hace inconciliable con la asercion de Palacios Ruvios, que nos asegura que en las cortes de Toro, tenidas despues de la muerte de la señora Reina doña Isabel, se formó la Ley 46. Por consideracion á la persona de tan grave escritor, deberá decirse que la espresion del doctor Palacios Ruvios no se ha de entender en un sentido riguroso, sino en el de que al tiempo de reveérse las Leyes que estaban ya formadas se opuso á que subsistiese la disposicion de la Ley 46, dando márgen á esta congetura lo que dice el mismo autor en el Comentario á dicha Ley, de que en el dia que se habia de hacer la publicacion y aprobacion de las Leyes por el glorioso Rey don Fernando, no pudo asistir al Consejo, por un grave dolor de ojos que se lo impidió ; y no haciéndose creible que el dia destinado para la publicacion de las Leyes se ocupase en su exámen y revision, se deja conocer que la aprobacion, de que habla el mencionado autor, debe entenderse de la mera y simple lectura de las Leyes.

A pesar de la sabiduría, juicio, cordúra y penetracion que resulta de la lectura de las Leyes de Toro, formadas con el fin de aclarar algunas del Fuero Real, Partidas y Ordenamiento, y de proveér y resolver en los casos en que no se encontraban en los códigos referidos, y afirmarse en la espresada Pragmática, que las mencionadas Leyes de Toro estaban hechas y ordenadas con mucha diligencia, se declara contra las mismas un célebre escritor nacional, bien conocido por sus producciones literarias, y por el puro, correcto y elegante estilo que brilla en todos sus escritos : hablo de mi amigo y concolége el señor don Melchor Gaspar de Jovellanos, que en el informe sobre la Ley agraria que estendió á nombre de la Sociedad económica de esta Corte, con referencia á las vinculaciones formadas á causa de las mercedes Enriqueñas, al número 197 se produce en estos términos : "que á vista de ellas empezaron los letrados á franquear los diques que oponian las Leyes á las vinculaciones, y que las cortes de Toro los rompieron del todo á fines del siglo XV. (aqui incurre dicho señor en un manifiesto anacronismo, tomado en todo el rigor del significado, pues anticipa al siglo XV. la celebracion é instalacion de las cortes de Toro, que se verificó á principio del XVI.), y en la nota que pone á continuacion dice : "que es ciertamente digno de admirar el trastorno causado en el derecho español por aquellas mismas Leyes que se hicieron para mejorarlo. Las cortes de Toro, prosigue, con el deseo de fijar la verdad legal canonizaron las opiniones mas funestas ;" y contrayéndose en el número 200 á la Ley 27 de Toro, por la que se permitió á los padres vincular las mejoras del tercio de sus bienes á favor de sus descendientes, con los llamamientos y substituciones que en la misma se espresan, no duda darla el epiteto de bárbara, diciendo, ¿cúal es, pues, el favor que hizo á la nobleza esta bárbara Ley? Y por último concluye al número 221, que parece indispensable derogar la Ley 46 de Toro, que prohibe á los hijos y herederos del sucesor del mayorazgo la deduccion de las mejoras hechas en él ; y en la nota correspondiente al texto afirma, que á esta Ley los jurisconsultos llaman á boca llena injusta, y lo és mucho mas por la estension que los pragmáticos la dieron en sus Comentarios."

Me ha parecido hacer aqui de paso esta indicacion del concepto tan poco favorable que han merecido al señor Jovellanos las Leyes de Toro en general, y en particular las dos de que hace mencion específica, no para detenerme á manifestar el poco mérito que ha tenido para dejar correr su pluma teñida de tan acre y sevéra crítica, sino con el fin de indicar la contraposicion de dictámenes que hay entre el suyo y el mio en esta materia, reservándome hacer demostrable en los lugares respectivos la sabiduría y justificacion con que se concibieron las dos Leyes de Toro comprendidas en la censura, y vindicárlas de la injusticia, barbárie y contradiccion con que se intenta denigrarlas.

De lo que se ha dicho acerca de los autores, y tiempo en que se formaron las Leyes de Toro, se hace incontestable que á los señores Reyes católicos don Fernando y doña Isabel, y á su sabio é ilustrado gobierno, se debió la formacion del esclarecido cuerpo legal nacional de las Leyes de Toro, y que la señora Reina doña Juana no tuvo otra parte en él que la de su publicacion, estando ya aprobado y sancionado por los mismos que lo formaron.

Aqui se encuentra alguna semejanza de lo que sucedió con la inmortal obra de las siete Partidas, que debiéndose su composicion al señor Rey don Alonso el Sabio, no fue éste, sino su viznieto don Alonso el XI el que las sancionó, y publicó en las cor-

tes de Alcalá de Henares año de 1348, debiéndose notar, que las cortes de Toro han logrado la gloria y prerogativa de dar su nombre á las Leyes que en ellas se publicaron, lo que no consiguieron las de Alcalá con respecto á las Partidas, sin embargo de haberse verificado en ellas su sancion y publicacion.

Debe tambien tenerse presente, que cuando en el epígrafe que se da á algunas de las Leyes de Toro en la nueva Recopilacion, se atribuyen al señor Rey don Fernando, y á su hija la señora Reina doña Juana, se debe entender en la forma espresada, como lo nota el padre Burriel al número 83 de su mencionada carta á don Juan de Amaya; esto és, que las Leyes se formaron por los señores Reyes católicos, y su publicacion se hizo en nombre de la señora Reina doña Juana; y con la misma distincion debe entenderse lo que afirma la misma señora Reina, y su padre el señor Don Fernando en la ley 6.ª, tít. 1.º, libro 2.º de la Recopilacion, á saber: "mandamos que las Leyes „por nos hechas y publicadas en la ciudad de Toro, en 7 dias del mes de Marzo del „año de 1505."

Acaso la espresion de esta Ley, y su mala inteligencia daría causa á los autores de las instituciones del derecho civil de Castilla, para que en su introduccion á la espresada obra, con referencia á las cortes de Toro, afirmasen que en ellas se compuso el cuaderno de las 84 Leyes que llevan su nombre, en lo que padecieron dos manifiestas equivocaciones, una respecto del lugar, y otra en el número; pues en las cortes de Toro no se hicieron las Leyes de que habla, sino su aplicacion; y no fueron 84, sino 83.

Don Gregorio Mayans en su carta al doctor don José Berni, que se halla al principio de la Instituta civil y real del mismo Berni, afirma, hablando de estas mismas Leyes, que la Reina Doña Juana, hallándose en la ciudad de Toro dia 7 de Marzo del año de 1505, estableció las célebres Leyes que tomaron el nombre de aquella ciudad. En estas palabras se advierten otras dos equivocaciones; la primera que la señora Reina Doña Juana estuviese en la ciudad de Toro el dia y año que se menciona, pues consta residia en Flandes, y si hubiera estado en Toro habria puesto su firma en la Pragmática de la publicacion de las Leyes que salió en su nombre, la que ciertamente no se halla, y sí la del Rey su padre; la segunda de que en las espresadas cortes se estableciesen las referidas Leyes que vinieron ya formadas de antemano, y solo se hizo allí su publicacion.

El aprecio y estimacion que me merecen las Leyes de Toro me hacen notar dos particularidades ó circunstancias, que ceden en honor y gloria de la señora Reina doña Juana; y son, que así las cortes de Toledo de 1502, en que se concibió el designio de formar dichas Leyes, como las de Toro de 1505, en que se verificó su publicacion, se celebraron por consideracion á la persona de la referida Reina doña Juana, las primeras para reconocerla por Princesa y succesora de los reinos de Castilla y de Leon, y las segundas para jurarla y reconocerla por Reina y propietaria de los mismos.

Por si algun curioso echa de menos la firma del doctor Palacios Ruvios al fin de la Pragmática de la publicacion de las Leyes de Toro, siendo en aquel tiempo ministro del Consejo del Rey, y afirmando repetidas veces en sus Comentarios á las Leyes de Toro que asistió á su formacion, debe tenerse presente lo que él mismo dice en su Comentario á la Ley 46, y yo he indicado, que por hallarse indispuesto de un grave dolor de ojos, no pudo asistir al Consejo el dia que se habian de conferir y publicar las referidas Leyes; cuya ocurrencia ó casualidad es de presumir fue la causa que le impidió poner su firma en la Pragmática.

BREVE DESCRIPCION DE LAS LEYES DE TORO.

La mucha diligencia y sabiduría con que se formaron las Leyes de Toro, lo indica la Reina doña Juana en su Cédula de publicacion, y se manifiesta mas particularmente en los Comentarios á las mismas Leyes la inteligencia, juicio y meditacion con que se establecieron, indicando las que son confirmatorias del derecho civil, correctorias ó declaratorias del mismo, por lo que únicamente debo ceñirme á manifestar el órden y método que observan entre sí.

En la 1.ª se designan los cuerpos legales que han de servir para la decision de las causas, y el órden con que se ha de usar y recurrir á ellos, y la graduacion que guardan entre sí. En la 2ª. se señala, con referencia á las Leyes anteriores, el número de años que se ha de empléar en el estudio de la jurisprudencia, para obtener los empleos de judicatura, y los años que por lo menos ha de tener el que obtenga los empleos de administracion de justicia. En la 3.ª se determinan y señalan los requisitos y solemnidades que han de intervenir en los testamentos escritos y nuncupativos, y tambien en los codicilos, sin olvidarse de especificar las circunstancias peculiares del testamento y codicilo otorgados por el ciego. En la 4.ª y 5.ª trata de dos clases de personas, á quienes se concede la facultad de otorgar testamento. En la 6.ª y dos siguientes dispone acerca de la succesion de los hijos ascendientes y colaterales lejítimos, tanto *ex testamento*, como *ab intestato*; y desde la 9.ª hasta la 13 inclusive desciende á tratar de la succesion de los hijos ilegítimos y legitimados, se declara cuáles sean hijos naturales, y cuáles naturalmente nacidos y abortivos. En la 14 declara la facultad que tienen los padres de disponer libremente de los bienes que hayan adquirido en los succesivos matrimonios, aunque hayan tenido hijos de ellos: y en la 15 establece por regla, que en los casos en que la muger, casando segunda vez, está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes que hubiese adquirido de su primer marido, lo esté tambien el marido á reservar á los hijos del primer matrimonio los que hubiese adquirido de su muger primera. En la 16 se declara que lo que el marido déje á su muger por testamento no se le cuente en la parte que le corresponde por razon de ganancial. Desde la 17 hasta la 29 inclusive, se trata de las mejóras de tercio y quinto, señalando las personas que pueden hacerlas, á quiénes, y el modo de ejecutarlas. En la 30 establece la parte de bienes de que se han de costear los gastos de entierro, y demas mandas graciosas. En la 31 hasta la 39 se trata de los poderes para testar, del modo que se han de dar, y de la solemnidad que en ellos ha de intervenir. En las siete Leyes siguientes se habla de los mayorazgos, materia de que hasta entonces no se habia tratado en nuestra jurisprudencia, y se establece el órden de suceder por representacion, tanto en la línea recta, como en la colateral; se señalan los modos ó medios para probar la fundacion de los mayorazgos; que debe preceder la licencia del Rey á su fundacion; que dicha licencia conserva su valor y virtud, aunque haya muerto el Rey que la concedió, sin haber usado de ella; que fundado el mayorazgo lo puede revocar, escepto en los casos que señala; que por la muerte del poseedor, sin que sea necesario la aprehension de los bienes, se trasfiere la posesion civil y natural en el siguiente en grado, que deba suceder, segun la fundacion; y por último, que las mejoras hechas en bienes del mayorazgo pasen al succesor, sin que tenga que abonar nada á la muger, hijos ó herederos del que las hizo.

Hasta aqui se han dirigido las leyes á disponer de las succesiones que provienen *ex testamento* ú *ab intestato*, aunque por incidencia han dicho alguna cosa de los contratos con respecto á las mejoras de tercio y quinto, y fundacion de mayorazgos. Las

Leyes que siguen desde la 47 hasta la 49 tratan de los efectos civiles del matrimonio, declarando que el hijo casado y velado sale de la patria potestad, y adquiere el usufructo de los bienes adventicios, é imponen la pena en que incurran los que contraen el matrimonio que la iglesia tiene por clandestino. Desde la 50 hasta la 53 se ordena la cantidad que el marido puede dar en arras á su muger, la adquisicion que ésta hace de ellas, y de otras donaciones que el marido hace á la muger; y se declara que cuando los padres casan algun hijo comun, y le prometen dote ó donacion *propter nuptias*, quién la debe satisfacer, y de qué bienes se ha de pagar. Desde la 54 hasta la 59 se dispone acerca de las obligaciones que puede contraer la muger casada, y se ordena cuándo puede ó nó renunciar la herencia que le venga por testamento ú *ab intestato*, y la solemnidad que ha de intervenir para celebrar algun contrato, ó apartarse de él, ó presentarse en juicio en algun tribunal, y cómo puede suplir el juez la licencia del marido para contratar la muger. En la 60 se declaran los efectos de la renuncia que puede hacer la muger de sus gananciales durante el matrimonio. En la 61 se declaran igualmente los efectos de la obligacion que hace la muger como fiadora de su marido, ú obligándose de mancomun con él; y por último se declaran en la 62 los casos en que la muger puede ser presa por deuda. En la 63 se determina y fija el tiempo por qué puede prescribirse la accion personal y mixta. En la 64 se renueva la ordenanza hecha en la villa de Madrid año de 1502, en que se declara que en las ejecuciones, cuando se alegáre paga ó escepcion del deudor, y se conceden diez dias para probarla, corran estos desde el dia de la oposicion. En la 65 se ordena que la interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, y al contrario. En la 66 se manda que ninguno esté obligado á dar fianza por demanda que se le ponga, sin que preceda informacion de testigos de la deuda, ó escritura pública.

En la 67 se prohibe bajo cierta pena hacer juramento en san Vicente de Avila, en el cerrojo de santa Agueda, ni sobre altar ni cuerpo santo, ni en otra iglesia juradera, aunque el juez lo mande ó la parte lo pida.

En la 68 ordena que cuando alguno pusiere en su heredad algun censo, con condicion que si no lo pagáre á ciertos plazos caiga la heredad en comiso, que se guarde el contrato, aunque la pena sea grave.

En la 69 se dispone que ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solamente de los presentes.

En la 70 se declara la disposicion de la Ley del Fuero, que ordena que el pariente mas cercano pueda sacar por el tanto la cosa que se vende, y se estiende esta disposicion á las ventas que se hagan en almoneda pública por mandado de juez, observando las demas solemnidades prevenidas en la Ley del Fuero y Ordenamiento de Nieva, declarándose que los nueve dias que dispone la Ley del Fuero se han de empezar á contar desde el dia del remate.

En la 71 se ordena, que cuando muchas cosas de patrimonio ó abolengo sean vendidas por un solo precio, no pueda el pariente sacar unas y dejar otras, sino que las ha de sacar todas ó ninguna; pero si las cosas fueren vendidas por distintos precios, podrá sacar la que quiera, y dejar las otras, cumpliendo con las solemnidades contenidas en las Leyes del Fuero y Ordenamiento.

En la 72 se ordena, que si la cosa de patrimonio ó abolengo se vendiere al fiado, pueda el pariente mas propincuo sacar la cosa fiada, por el tanto, con tal que dentro de los nueve dias dé fianza á satisfaccion del juez de que satisfará, al tiempo que el comprador estaba obligado, la cantidad por que fue vendida.

En la 73 se dispone, que cuando el pariente mas propincuo no quisiere ó no pudiere sacar la cosa por el tanto, el pariente mas propincuo en grado la pueda sacar, y asi puedan hacerlo los parientes sucesivamente, de grado en grado, con tal que lo sean dentro del cuarto grado, con tal que sea dentro de los nueve dias, y se observen las diligencias contenidas en la Ley del Fuero y Ordenamiento.

En la 74 ordena, que cuando concurre á sacar la cosa vendida el pariente mas propincuo con el señor del directo dominio, con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella por ser comun, sea preferido el señor del directo dominio, el superficiario, y el que tiene parte en ella, al pariente mas inmediato.

En la 75 se establece, que cuando alguno vendiere una cosa en que tiene parte con otro, en caso que segun la Ley de Partida la pueda sacar el comunero por el tanto, esté este obligado á consignar el precio en el tiempo y término prevenido en la Ley del Fuero y Ordenamiento, y observar las demas solemnidades prevenidas en dichas Leyes para cuando la sacáre el pariente mas inmediato.

En la 76 se manda, que la justicia á ninguno dé por enemigo en rebeldía sin legítima probanza, y esto despues de tres meses de hecha la condenacion, con tal que lo haya pedido así el acusador, y si de otra suerte lo hiciere que no valga.

En la 77 se ordena, que por el delito que cometiere el marido ó la muger, aunque sea de heregía, ú otro cualquiera, no pierda el uno por el delito del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias adquiridas durante el matrimonio, y se manda sea habido por ganancias todo lo multiplicado durante el matrimonio, hasta que los bienes pertenecientes al delincuente sean declarados por sentencia, aunque el delito sea de tal calidad que se le imponga la pena *ipso jure*.

En la 78 se declara que la muger casada, por razon de delito, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales ó de ganancia, ó de otra cualquiera calidad que sean.

En la 79 se ordena y manda, que las Leyes que ordenan que los hijos dalgo y otras personas no puedan ser presas por deuda, no tengan lugar en el caso que la tal deuda proceda de delito, *vel quasi*, antes por el contrario, por dichas deudas deben ser presos como si no fuesen hijos dalgo ó esentos.

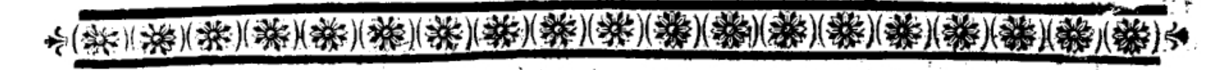
En la 80 se ordena, que el marido no pueda acusar á uno de los adúlteros siendo vivos, sino que ha de acusar á entrambos, ó á ninguno.

En la 81 se declara, que si alguna muger casada, desposada por palabras de presente en la faz de la iglesia, cometiere adulterio, aunque se diga y pruebe que fue nulo el matrimonio, ya por ser parientes por sanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ó por estar uno de ellos obligado á otro matrimonio, por haber hecho voto de castidad, ó de entrar en religion, ó por otra causa alguna, como por ellos no quedó de hacer lo que no debian, no tienen escusa para que el marido no pueda acusar de adulterio asi á la muger como al adúltero, como si el matrimonio hubiera sido válido, en cuyo caso manda la Ley que en tales adúlteros y en sus bienes se ejecute lo contenido en la Ley del Fuero de las Leyes, que trata de los que cometen delito de adulterio.

En la 82 se ordena, que el marido que matáre por su propia autoridad al adúltero y á la adúltera, aunque sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matáre, salvo si los matáre ó condenáre por autoridad de nuestra justicia; en cuyo caso mandamos se guarde la Ley del Fuero que en este caso dispone.

En la 83 se dispone que si se probáre que algun testigo depúso falsamente contra alguna persona en causa criminal; si aquel, contra quien falsamente se dijo, merecia pena de muerte ú otra corporal, al tal testigo se le imponga la misma en su persona y bienes, como se debiera imponer á aquel ó á aquellos contra quienes declaró el testigo si su dicho hubiera sido verdadero, aunque en los reos acusados no se ejecute la pena de muerte, pues por él no quedó el que se ejecutase.

Lo cual quiere la Ley se guarde y ejecute en todos los delitos de cualquiera calidad que sean, bien sea en las causas civiles ó criminales; y que contra los testigos que depusieren falsamente, se guarden las Leyes que sobre ello disponen.



COMENTARIO

CRITICO-LITERAL

Á LAS OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO.

Ley I. de Toro; es la 3.ª, *tít.* 1.º, *lib.* 2.º *de la Recopilacion.*

Primeramente, por cuanto el señor Rey don Alfonso, en la villa de Alcalá de Henares, Era de mil y trescientos é ochenta é seis años, fizo una ley cerca de la órden que se debia tener en la determinacion é decision de los pleitos é causas, el tenor de la cual es este que se sigue. Nuestra intencion é voluntad es que los nuestros naturales é moradores de los nuestros reinos sean mantenidos en paz y en justicia; é como para esto sea menester dar leyes ciertas por dó se librasen los pleitos é las contiendas que acaescen entre ellos, é maguer que en la nuestra corte usán del fuero, é otras ciudades é villas han otros fueros departidos, por los cuales se pueden librar algunos de los pleitos; pero porque muchas son las contiendas é los pleitos que entre los homes acaéscen, y se mueven de cada dia, que se no pueden librar por los fueros Por ende queriendo poner remedio convenible á esto, establescemos é mandamos, que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo en aquello que Nos fallaremos que se deben enmendar é mejorar, y en lo ál que son contra Dios y contra razon, é contra las leyes que en este nuestro libro se contienen; por las cuales leyes de este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleitos civiles é criminales; é los pleitos é las contiendas que se no pudieren librar por las leyes de este nuestro libro é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las siete partidas, que el Rey don Alfonso, nuestro visabuelo, mandó ordenar, como quier que fasta aquí no se falla que fuesen publicadas por mandado del Rey, ni fueron habidas ni recibidas por leyes; pero Nos mandamos las requirir é concertar, y enmendar en algunas cosas que cumplía, é assi concertadas y enmendadas, porque fueron sacadas y tomadas de los dichos de los Santos Padres é de los derechos é dichos de muchos sabios antiguos, é de fueros é costumbres antiguas de España, dámoslas por nuestras leyes; é porque sean ciertas é no hayan razon de tirar y enmendar en ellas cada uno lo que quissieren, mandamos hacer de ellas dos libros, uno sellado con nuestro sello de oro, é otro sellado con nuestro sello de plomo, para tener en la nuestra Cámara, para en lo que oviere dubda que lo concertedes con ellas; é tenemos por bien que sean guardadas é valederas de aqui adelante en los pleitos y en los juicios, y en todas las otras cosas que se en ellas contienen en aquello que no fueren contrarias á las leyes de este nuestro libro é á los fueros sobredichos, é porque los hijos-dalgo de nuestros reinos han en algunas comarcas fuero de alvedrío, é otros fueros porque se juzgan ellos é sus vasallos, tenemos por bien que les sean guardados sus fueros á ellos é á sus vasallos, según que lo han de fuero, é les fueron guardados fasta aquí. Otrosí, en hecho de los rieptos, sea guardado aquel uso é aquella costumbre que fue usada é guardada en el tiempo de los otros Reyes, y en el nuestro. Otrosí, tenemos por bien que sea guardado el ordenamiento que nos agora fecimos en estas cortes para los fijos-dalgo; el cual mandamos poner en fin de este nuestro libro, é porque al Rey pertenesce é ha poder de hacer fueros y leyes, é de las interpretar, y declarar y enmendar donde vieren que cumple. Tenemos por bien que si en los dichos fueros, ó en los libros de las partidas sobre dichas, ó en este nuestro libro, ó en alguna, ó en algunas leyes de las que en él se contienen, fuere menester declaracion é interpretacion, ó enmendar ó añadir,

ó tirar ó mudar, que Nos que lo hagamos é cumplamos, é si alguna contrariedad paresciere en las leyes sobredichas entre sí mismas, ó en los fueros ó en cualesquier de ellos, ó alguna dubda fuere hallada en ellos, ó algun hecho porque por ellas no se pueda librar, que Nos que seamos requiridos sobre ello, porque fagamos interpretacion é declaracion ó enmienda do entendiéremos que cumple, ó fagamos ley nueva, la que entendiéremos que cumple sobre ello, porque la justicia y el derecho sea guardado; empero bien queremos é sofrimos que los libros de los derechos que los sabios antiguos ficieron, que se lean en los estudios generales de nuestro señorío, porque há en ello mucha sabiduría, y queremos dar lugar que los nuestros naturales sean sabidores, é sean por ende mas honrados, é agora somos informados que la dicha ley no se guarda ni ejecuta enteramente como debía, é porque nuestra intencion é voluntad es que la dicha ley se guarde y cumpla como en ella se contiene. Ordenamos y mandamos que todas las nuestras justicias de estos nuestros reinos y señoríos, ansi de realengos é abadengos, como de órdenes é behetrías, y otros señoríos cualesquier, de cualesquier calidad que sean, que en la dicha ordinacion, decision é determinacion de los pleitos y causas, guarden y cumplan la dicha ley en todo y por todo, segun que en ella se contiene, y en guardándola é cumpliéndola en la dicha ordenacion, é decision, é determinacion de los pleitos é causas, assi civiles como criminales, se guarde la órden siguiente: que lo que se pudiere determinar por las leyes de los ordenamientos é premáticas por nos hechas, y por los Reyes donde nos venimos, y los Reyes que de nos vinieren, en la dicha ordenacion, é decision y determinacion, se sigan y guarden como en ellas se contiene, no embargante que contra las dichas leyes de ordenamientos é premáticas se diga y alegue que no son usadas ni guardadas, y en lo que por ellas no se pudiere determinar mandamos que se guarden las leyes de los fueros, ansi del fuero de las leyes, como las de los fueros municipales que cada ciudad, ó villa ó lugar tuviere, en lo que son ó fueren usadas y guardadas en los dichos lugares; é no fueren contrarias á las dichas leyes de ordenamientos é premáticas, assi en lo que por ellas está determinado, como en lo que determináremos adelante por algunas leyes de ordenamientos y premáticas, y los Reyes que de Nos vinieren; cá por ellas es nuestra intencion y voluntad que se determinen los dichos pleitos é causas, no embargante los dichos fueros é uso, é guarda dellos, é lo que por las dichas leyes de ordenamientos é premáticas é fueros, no se pudiere determinar. Mandamos que en tal caso se recurra á las leyes de las siete partidas, fechas por el señor Rey don Alfonso, nuestro progenitor: por las cuales, en defecto de los dichos ordenamientos, premáticas é fueros, mandamos que se determinen los pleitos é causas, assi civiles como criminales de cualquier calidad ó cantidad que sean, guardando lo que por ellas fuere determinado como en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas, y no por otras algunas; é mandamos que cuando quier que alguna dubda ocurriere en la interpretacion y declaracion de las dichas leyes de ordenamientos, é premáticas, é fueros, ó de las partidas; que en tal caso recurran á Nos, é á los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretacion é declaracion de ellas; porque por Nos vistas las dichas dubdas, declararémos é interpretarémos las dichas leyes como conviene á servicio de Dios nuestro Señor, é al bien de nuestros súbditos é naturales, é á la buena administracion de nuestra justicia. E por cuanto Nos ovimos fecho en la villa de Madrid, el año que passó de noventa é nueve, ciertas leyes é ordenanzas, las cuales mandámos que se guardasen en la ordenacion, é algunas en la decision de los pleitos é causas en el nuestro Consejo, en las nuestras Audiencias, y entre ellas hecimos una ley é ordenanza que habla cerca de las opiniones de Bartolo, é Baldo, é de Juan Andrés y el Abad, cual dellas se debe seguir en dubda á falta de ley; é porque agora somos informados que lo que fecimos por estorbar la prolijidad é muchedumbre de las opiniones de los doctores, ha traido mayor daño é inconveniente; por ende por la presente revocamos, cassamos é anulamos, en cuanto á esto, todo lo contenido en la dicha ley é ordenanza por nos fecha en la dicha villa de Madrid; é mandamos que aqui adelante no se use de ella, ni se guarde ni cumpla, porque nuestra intencion é voluntad es que cerca de la dicha ordenacion, é determinacion de los pleitos é causas, solamente se faga é guarde lo contenido en la dicha ley del señor Rey don Alfonso, y en esta nuestra.

COMENTARIO

á la Ley 1.ª de Toro.

1 Como los señores Reyes católicos insertaron y confirmaron en la ley 1.ª de Toro la que formó el Rey don Alonso el XI en las cortes que celebró en Alcalá de Henares en el año de 1348, por la que estableció el órden y preferencia que debian tener los varios cuerpos legales de que hace mencion en la decision de los juicios, se hace preciso estractar la disposicion de esta ley, á fin de que se pueda venir en conocimiento, asi de lo que por ella se ordenó, como de lo que añadieron los señores Reyes católicos.

2 Estableció, pues, la ley del Rey don Alonso el XI que en primer lugar se librasen los pleitos por las leyes que él mismo habia hecho en las cortes de Alcalá, y se contenian en su libro del ordenamiento, y los que no pudiesen decidirse por ellas se resolviesen por el fuero de las leyes y por las de los otros particulares de algunas villas y ciudades, en aquellas cosas que se usasen, salvo en aquello que fuese contrario á las leyes de su ordenamiento y contra Dios y contra razon, y que los pleitos que no se pudiesen librar por los mencionados fueros se determinasen por las leyes de las siete partidas: que á los hijos-dalgo les fuesen guardados sus fueros, y tambien á sus vasallos, segun se habia observado hasta entonces, y que en materia de rieptos se observase aquel uso y costumbre que fue usada y guardada en tiempos pasados y en el presente, y que se observase tambien el ordenamiento que hizo en las mismas cortes para los hijos-dalgo: y por último establece y manda que si en los dichos fueros, ó en las partidas ó en su ordenamiento fuese necesario declarar, interpretar, enmendar, añadir, quitar ó mudar alguna cosa, se acuda al Rey ó á sus sucesores para que lo hagan segun entendieren que cumpla para la recta administracion de justicia, sin que por lo hasta aqui dispuesto se prohiba el estudio de los libros de los derechos que los sabios hicieron, los que podrán leerse en los estudios generales del reino: hasta aqui la ley del Rey don Alonso.

3 Los señores Reyes católicos, tratando del mismo asunto en su ley 1.ª de Toro, dispusieron que las causas civiles y criminales se decidan por las leyes de los ordenamientos y pragmáticas hechas por los Reyes actuales, pasados y venideros, aun que se alegue que no estan en uso, y lo que por ellas no se pueda determinar se resuelva por las leyes del fuero real y de los municipales de cada ciudad, villa ó lugar, en lo que estuvieren en uso, y que en defecto de las leyes arriba espresadas se recurra á las leyes de las siete partidas, aunque no sean usadas, ni guardadas, y no por otras leyes algunas; y repiten que cuando ocurriere alguna duda en las mencionadas leyes se acuda al Rey para su interpretacion y declaracion, y finalmente derogan y revocan la ley que hicieron los mismos Soberanos en la villa de Madrid en el año de 1499, que establecia el órden que á falta de leyes debian tener las opiniones de Bartolo, Baldo, Juan Andrés y el Abad, en la decision de los pleitos, y mandaron que en adelante no se observase la espresada ley, sino que se guardase lo dispuesto en la ley del señor don Alonso y en la suya.

4 El primer cuerpo de leyes que quiso el Rey don Alonso el XI se observase y rigiese en la decision de las causas, tanto civiles como criminales, fue el ordenamiento que él mismo hizo y publicó en las cortes que celebró en Alcalá de Henares en el referido año de 1348. Dicho ordenamiento se formó y compuso de las leyes que el mismo don Alonso habia publicado en Villa Real el año de 1346, conocidas bajo el nombre de leyes de la espresada Villa, el que despues se aumentó con la incorporacion que se le hizo del que publicó el mencionado don Alonso en las cortes de Segovia de 1347. De las leyes de estos dos ordenamientos, esceptuando solo cuatro, se formó y compuso el ordenamiento de las cortes de Alcalá, á que añadió el Rey otras muchas partes renovadas, de las que con el discurso del tiempo se habian sepultado en el olvido, y parte formadas y publicadas de nuevo, segun lo observaron los eruditos doctores don Ignacio de Asso y don Miguel de Manuel, en el prólogo de la edicion que hicieron de dicho ordenamiento año de 1774, folio 5. y siguientes.

5 Observan los mismos editores, que este ordenamiento de las cortes de Alcalá se publicó en 28 de Febrero del citado año de 1348, y que el cuaderno de las mismas cortes no se firmó hasta ocho dias despues, esto es, en 8 de Marzo siguiente, y sin embargo se persuaden y afirman que

el ordenamiento no se acabó de arreglar hasta despues que respondió el Rey á las peticiones de los procuradores, como se convence de la ley única, tít. 29, en donde hablando de los desafíos dice: "E agora en estas cortes que ficimos en Alcalá de Henares;" y se comprueba tambien por la peticion segunda de las mismas cortes, en que habiendo suplicado que se tomase providencia contra las usuras que ejercian los clérigos, hijos-dalgo y labradores, respondió el Rey que haria ley sobre ello, y es puntualmente la primera del tít. 23, por la que prohibió los contratos usurarios á toda clase de personas.

6 Sin embargo de la circunstanciada relacion que hacen en su prólogo los editores, de los muchos y apreciables ejemplares de que se valieron para conseguir poner el texto de este ordenamiento limpio, claro y correcto, como ellos dicen, no se fijan ni se atreven á asegurar si el ejemplar que principalmente siguieron, fue de los que corrian en tiempo del Rey don Alonso, ó de los que mandó concertar su hijo el Rey don Pedro en las Cortes que celebró en Valladolid año de 1351, donde manifestó "que por haber hallado que los escribanos por escribir de priesa escribieron en las leyes algunas palabras erradas é menguadas, é pusieron algunos títulos é leis donde no habian de estar, mandó concertar las dichas leis, y escribirlas en un libro que mandó tener en su Cámara:" hasta aqui el Rey don Pedro en su carta, que está al principio de dicho ordenamiento.

7 Merece notarse, que desde las cortes de Alcalá de Henares hasta las que celebró el Rey don Pedro en Valladolid, solo mediaron tres años, siete meses y algunos dias, espacio demasiado corto para que en las copias que se hicieron del ordenamiento del Rey don Alonso se hubieran introducido los descuidos, errores y alteraciones que asegura el Rey don Pedro.

8 A falta de las leyes del ordenamiento quiso el Rey don Alonso que se observasen las leyes de los fueros particulares de las villas y lugares, y las del fuero Real, en lo que estuvieren usadas, y no sean contra Dios, contra razon, y contra las leyes del ordenamiento.

9 Este fuero de las leyes, que como se ha dicho es el fuero real, lo dispuso y formó el Rey don Alonso el Sabio, con el fin de remediar los daños que se originaban á la recta administracion de justicia, segun lo espresa en el prólogo, de que se juzgasen los pleitos por fazañas, por alvedríos departidos de los homes, y por usos desaguisados sin derecho; y mandó que por él se juzgasen comunalmente todos los varones é mugeres, y que fuese guardado por siempre jamás, y que ninguno fuese osado de venir contra él.

10 Afirman los autores de las Instituciones del derecho de Castilla, en la introducion á dicha obra, hablando de este fuero, que es cosa cierta que este cuerpo de leyes no se dispuso al principio para que fuese municipal de algunas ciudades y villas, á quienes se dió con privilegios rodados; y en prueba de esto alegan que despues de haberse comunicado el mencionado fuero á los Concejos de Castilla, se dió por el mismo don Alonso á Niebla y su partido, en el año de 1261; pero contra esta conjetura, obra lo que se ha dicho con referencia al prólogo del mismo fuero, en el que para remediar los daños que se originaban á la recta administracion de justicia, de que se juzgasen los pleitos por fazañas, alvedríos departidos y por usos desaguisados, dispuso el mencionado fuero, y mandó, que por él se juzgasen comunalmente todos los varones y mugeres; que fuese guardado por siempre jamás, y que ninguno fuese osado de venir contra él; de cuyas palabras clara y literalmente se convence, que el ánimo y la voluntad del Rey don Alonso fue que el referido fuero se observase generalmente en todas las ciudades, villas y lugares del reino, pues de otro modo no podia verificarse el que se juzgasen por él comunalmente todos los hombres y mugeres, y que ninguno fuese osado de venir contra él, cuya generalidad no es compatible con limitar su observancia á ciertas ciudades, villas y lugares.

11 No se opone á esto el que al principio del reinado de don Alonso, esto es, en la Era de 1293 ó año de 1255, solo se diese á los Concejos de Castilla el fuero del libro, como se espresa en el prólogo que el Rey don Pedro hizo al fuero viejo de Castilla, entendiéndose por fuero del libro el fuero real, el que posteriormente por el año de 1261 se dió á Niebla y su partido, porque esto solo prueba la prudencia, miramiento y sábia política, con que procedia el Rey don Alonso en la introduccion de su fuero, concediéndolo lenta

y suavemente á algunas ciudades, villas y lugares, para no privarlas de pronto de sus antiguos fueros, á que estaban acostumbrados sus moradores de muchos años.

12 Si el haber procedido con lentitud el Rey don Alonso en la introduccion y publicacion del fuero real, es causa justa para inferir que su ánimo no fue hacerlo un cuerpo general de leyes de la nacion, con igual fundamento deberá decirse, que la célebre obra de las siete partidas tampoco la formó con este objeto, pues habiéndola concluido el año de 1263, y sobrevivido despues cerca de veinte y un años de su conclusion, no trató de publicarla y mandar su observancia, habiéndose dilatado hasta el tiempo de su viznieto don Alonso el XI el hacer su publicacion, que se verificó en las cortes de Alcalá de Henares de 1348.

13 Contra la conjetura formada por los autores de las Instituciones de Castilla, obra tambien que los mismos reconocen al fol. 32 del discurso preliminar que hicieron á la edicion del fuero viejo de Castilla, que el fuero real fue aceptado generalmente por las provincias que componian el resto del reino, escepto Castilla, que solo lo observó por espacio de diez y siete años, desde el de 1255, en que el Rey se lo dió, hasta san Martin de Noviembre, Era de 1310 años, que equivale al de 1272, segun todo resulta del prólogo que el Rey don Pedro puso á la frente del fuero viejo de Castilla.

14 Este fuero real del Rey don Alonso se concluyó en Valladolid en 24 de Junio de la Era de 1293 ó año de 1255, segun lo afirma el P. Burriel en la carta que escribió á don Juan de Amaya en 30 de Setiembre de 1751, y se halla al principio del tomo 16 del Semanario Erudito, fol. 38, inclinándose en el número 67 á que el mismo Rey don Alonso fue autor del fuero, no solo por haberlo mandado escribir, sino por haberlo escrito de su puño, ó por lo menos haberse tomado el trabajo de examinarlo, reveérlo y corregirlo.

15 A falta de las leyes del ordenamiento del fuero real y de los municipales de algunas ciudades, villas y lugares, dispuso el Rey don Alonso que se librasen los pleitos por las de las siete partidas.

16 De esta célebre obra, que sin duda es el código legal mas completo de cuantos se han publicado en Europa, despues del de Justiniano, se ha hablado con mucha variedad por nuestros autores nacionales, y en realidad se tienen de él noticias muy escasas, pues casi todo lo que se puede decir con certeza acerca de su autor, tiempo en que se empezó y concluyó esta grande obra, únicamente se sabe por lo que el mismo Rey don Alonso el Sábio, que fue su autor, nos ha dejado dicho en el prólogo de la misma obra, y se reduce á que el Rey don Fernando su padre pensó ejecutarla, y por no haber tenido tiempo para verificarlo, encargó y mandó á su hijo que la dispusiese, quien consiguiente á este mandato, dió principio á la formacion de esta obra inmortal la víspera de san Juan Bautista á cuatro años y veinte y tres dias andados del comienzo de su reinado: dice asi: "E este libro fue comenzado á facer, é á componer víspera de san Juan Bautista á cuatro años é veinte y tres dias andados del comienzo de nuestro reinado, que comenzó cuando andaba la Era::: de la Encarnacion en 1251 años romanos, é ciento é cincuenta é dos dias mas."

17 Por estas palabras, espresa y literalmente señala el Rey en primer lugar el dia fijo que se principió á trabajar en la obra de las partidas, que fue el 23 de Junio, víspera de san Juan Bautista. Tambien manifiesta en segundo lugar, por induccion, que su reinado tuvo principio el dia 31 de Mayo, y últimamente repite lo mismo, tambien por induccion, y espresa literalmente que el año de este dia fue el siguiente al de la Encarnacion de 1251, que en realidad fue decir que era el de 52.

18 He dicho que de las palabras que se han referido del prólogo del Rey don Alonso se saca dos veces por induccion, que el dia que principió á reinar fue el 31 de Mayo, como demostraré despues, debiendo antes hacerme cargo de la opinion del P. Burriel en este punto, quien al fin del número 56 de su carta á don Juan de Amaya, despues de decir que san Fernando murió en 30 de Mayo del año de la Encarnacion de 1252, que fue Jueves y dia del Corpus (si entonces se celebraba esta fiesta en España), afirma que el Sábado siguiente 1.º de Junio se alzaron los pendones por don Alonso el sábio, el que con mucha razon dice en las partidas, que su reinado comenzó cuan-

do andaba la Era de la Encarnacion, en 1251 años romanos, é ciento cincuenta é dos dias mas, pues desde 1.º de Enero hasta 1.º de Junio en un año bisiesto, como aquel lo fue, van cabalmente ciento cincuenta y dos dias, de este modo:

	DIAS.
Enero	31
Febrero por bisiesto	29
Marzo	31
Abril	30
Mayo	31
	152.

Hasta aqui el P. Burriel, quien pocos renglones despues, habiendo dicho que el Rey don Alonso contaba los años de la Encarnacion y de la Era desde primeros de Enero, como años romanos, de que infiere que si el año de la Encarnacion llevaba ciento cincuenta y dos dias andados, llevase los mismos el año de la Era, sienta esta proposicion: "Es, pues, cierto que el primer año del reinado de don Alonso el Sábio se empezó á contar desde el dia 1.º de Junio del año de la Encarnacion ó Natividad:::: de 1252."

19 Esta opinion del P. Burriel es absolutamente opuesta y contraria al sentido é induccion, dimanada de las palabras del prólogo que se han referido, como voy á manifestar.

20 Dice espresa y literalmente el Rey en su prólogo: "que el libro fue comenzado á facer é á componer víspera de san Juan Bautista á cuatro años é veinte y tres dias andados del comienzo de su reinado." Si la víspera de san Juan Bautista, que es el 23 de Junio, iban ya andados, que equivale á pasados ó transcurridos, veinte y tres dias del principio del reinado de don Alonso, se sigue por una consecuencia tan clara como necesaria, que empezó dicho reinado en el último dia del mes anterior, pues hasta la víspera de san Juan Bautista, esclusive, solo habian transcurrido veinte y dos dias del mes de Junio; con que para completar los veinte y tres dias que asegura el Rey habian andado de su reinado cuando se principió la obra de las partidas, víspera de san Juan Bautista, es indispensable y forzoso tomar un dia del mes anterior, que cabalmente corresponde al 31 de Mayo.

21 Acaso se intentará decir que en los veinte y tres dias que dice el Rey iban andados de su reinado cuando se principió la obra de las partidas, se comprendia el dia 23 de Junio, víspera de san Juan Bautista, y asi se compone muy bien que desde 1.º de Junio se contasen veinte y tres dias, incluso el de la víspera de san Juan Bautista.

22 Aunque esta esposicion á primera vista presenta alguna verosimilitud, bien desentrañada envuelve un enorme absurdo, injurioso á la persona del Rey y á su veracidad, porque si en los veinte y tres dias, que dice don Alonso iban andados de su reinado cuando se principió la obra de las partidas, se comprende el de la víspera de san Juan Bautista, es preciso venir á confesar uno de estos dos estremos, ambos ofensivos, como se ha dicho, á la persona del Soberano, á saber, ó que la obra de las partidas no se principió la víspera de san Juan Bautista, sin embargo de que lo asegura el Rey, ó que el espresado dia de la víspera de san Juan Bautista no estaba ya andado, á pesar de que asi lo afirma el mismo Soberano, sino que andaba, ó estaba por andar cuando tuvo principio la obra de las partidas, lo que se evidencia del modo siguiente; si el dia de la víspera de san Juan Bautista se comprende en los que iban andados cuando principió la obra de las partidas, era imposible se pudiese verificar que en dicho dia se empezase á trabajar la espresada obra, porque todo cuanto se hace es tan preciso que se haga en tiempo presente, como imposible que se ejecute en el que ya pasó, como lo convence la luz de la razon, y lo conocen hasta los mas rudos, de que nació aquel axioma ó dogma filosófico, de que no hay poder que alcance y se estienda al tiempo pasado, con que si ya habia andado, ó pasado el dia de la víspera de san Juan Bautista, no pudo principiarse en él la obra que se dice, y de consiguiente el Rey faltó á la verdad en asegurar un hecho, que era imposible se verificase en el dia que señalaba.

23 Si el dia de la víspera de san Juan Bautista no estaba andado, ó estaba por andar cuando principió la obra de las partidas, que es el otro estremo de la disyuntiva, se convence con la mayor evidencia que no fue cierto, sino manifiestamente falso, lo que afirmó el Rey de que habian andado veinte y tres dias de su reinado, cuando

tuvo principio la obra de las partidas en la víspera de san Juan Bautista.

24 Vengamos ahora al otro cómputo que forma el Rey don Alonso para señalar y marcar la época fija de su reinado, de que saca el P. Burriel el argumento que se ha referido arriba, que está tan lejos de probar su intento, que antes bien presenta una demostracion, no menos cierta y evidente que la que se acaba de hacer, de que el dia 31 de Mayo fue el primero del reinado de don Alonso.

25 Dice el Rey en su prólogo hablando del principio de su reinado, que comenzó "cuando andaba la Era::: de la Encarnacion en 1251 años romanos, é ciento é cincuenta é dos dias mas;" de cuyas palabras infiere el P. Burriel que siendo preciso para completar los ciento cincuenta y dos dias que iban del año de 52 empezar á contar desde primero de Enero hasta último de Mayo inclusive, suponiendo que el año de 52 fue bisiesto, como se deduce del cómputo formado por el P. Juan de Mariana acerca de este año, y refiere el P. Burriel en el lugar citado; se sigue por una consecuencia legítima que principió el reinado de don Alonso en primero de Junio, en cuyo dia se verificaba haber ya pasado los ciento y cincuenta y dos dias del año de 52 que espresa el Rey.

26 Concédasele en buen hora al P. Burriel que desde primero de Enero hasta último de Mayo inclusive van y completan ciento cincuenta y dos dias de un año bisiesto como fue el de que hablamos; ¿qué tiene que ver esto con lo que afirma el Rey en las palabras que se han referido? ¿dice acaso que habian pasado ciento cincuenta y dos dias del año de 52 cuando empezó á reinar? Nada menos que eso; antes bien afirma lo contrario. Espresa positivamente que andaba la Era de la Encarnacion de 1251 años y ciento cincuenta y dos dias mas cuando principió su reinado; si pues andaba este período de tiempo cuando empezó á reinar, se infiere necesariamente que no habia pasado, pues de otro modo no hubiera dicho bien y con verdad que andaba, sino que habia andado: mas claro; en el tiempo que comprende el Rey en su período habia una parte de él de presente, concomitante y coetáneo al principio de su reinado, pues á no ser asi no hubiera usado del pretérito imperfecto del verbo andar, que espresa un tiempo presente con respecto al hecho ú obra á que se refiere.

27 En cuya suposicion resta ver qué parte de tiempo del que señala el Rey en su período fue presente y concomitante al principio de su reinado: no pudo ser el año de 51, por que en todo él reinó san Fernando su padre, y de consiguiente ya habia pasado; tampoco puede ser el comprendido en los ciento cincuenta y un dias por la misma razon de que ya era pasado y aun vivia el Rey san Fernando, que como confiesa el mismo P. Burriel, murió en la noche del dia 30 de Mayo, que corresponde al que completa el número de los ciento cincuenta y un dias.

28 De esta numeracion de partes se infiere por una consecuencia necesaria y precisa que la parte de tiempo presente, concomitante y coetánea al principio del reinado de don Alonso, y á que se refiere el pretérito imperfecto *andaba*, de que usa el Rey, no puede ser otro que el dia que completa el número de los ciento cincuenta y dos comprendido en el mencionado período, que cabal y precisamente corresponde al treinta y uno de Mayo, época segura y cierta del reinado de don Alonso.

29 Todavia se persuade mas esta verdad con el siguiente raciocinio: igualmente se refiere al pretérito imperfecto andaban, del verbo andar, al centésimo quincuagésimo segundo dia del año de 1252, que al referido año; es asi que el de 52 no se entiende andado, sino incoado, con que por la misma razon el dia ultimo de los ciento cincuenta y dos dias que iban de aquel año no se ha de entender pasado, sino incoado: mas claro; para completar el P. Burriel el número de los ciento cincuenta y dos dias que dice el Rey andaban del año de 1252 cuando empezó á reinar, incluye dicho P. Burriel el dia 31 de Mayo; es asi que este dia no dice el Rey que habia pasado, sino que andaba; luego en él comenzó y principió su reinado, por que si hubiera pasado no podia decir que andaba dicho dia, asi como no podia haber dicho que habia pasado el año de 1252; luego en el último dia de Mayo, y no en el primero de Junio, principió el reinado de don Alonso el Sabio. De lo dicho se convence hasta la evidencia lo que insinué arriba, que tan distante está el argumento del P. Burriel de probar su opinion, que antes bien ofrece un testimonio irrefragable de la certeza de la mia.

30 Demos que no hubiera dejado el Rey don Alonso los dos cómputos que se han referido para marcar el dia fijo que empezó á reinar, aun en este caso no podia libertarse de la nota de voluntaria é infundada la opinion del P. Burriel. Convienen nuestros historiadores, como son Zurita, Garivay y Mariana, en que el Rey san Fernando murió el dia 30 de Mayo; lo mismo atestigua la crónica de este santo, y últimamente las memorias para la vida del mismo, recogidas por el P. Burriel, que poco há se han publicado, y el mismo padre lo confiesa en el lugar citado de su carta á don Juan de Amaya. La Iglesia comprueba tambien este hecho habiendo consagrado el dia 30 de Mayo para recordar y celebrar la memoria de las virtudes de este héroe del cristianismo.

31 Si fuera temeridad conocida negar un hecho que atestiguan tantos historiadores respetables, de forma que no mereceria el menor crédito el que asegurase bajo su palabra lo contrario, ¿cómo puede conciliarse que habiendo muerto san Fernando el dia 30 de Mayo, no empezase á reinar su sucesor hasta el 1.º de Junio siguiente? Si se preguntase al P. Burriel y á los que han seguido su opinion, que espresaré despues, quién reinó el dia 31 de Mayo, no podrian menos de hallarse muy embarazados para responder, pues san Fernando es cierto que no reinó porque habia muerto, y los muertos no reinan para con los hombres, aunque puedan reinar para con Dios, ni tampoco su hijo don Alonso, con que es necesario decir que en aquel dia no se reconoció Rey en Castilla, ó que hubo un interregno; cualquier estremo de estos no podrá elegir sin rubor el que pretenda conservar el concepto de juicioso, de haber reinado san Fernando un dia despues de muerto, ó de no haber habido Rey en Castilla.

32 El interregno en el caso de que hablamos seria un fenómeno político desconocido á los publicistas, que en la succesion lineal, cual era la de Castilla en aquel tiempo, no admiten otro interregno que el estraordinario de haberse estinguido la familia reinante ó dinastía, la que estuvo tan lejos de estinguirse, que antes se conservaba numerosa por los muchos hijos que dejó el Rey don Fernando.

33 Si el P. Burriel, á pesar de su gran diligencia y perspicacia en escudriñar nuestras antigüedades, y estar tan versado en la cronología de nuestra historia y en el reconocimiento de datas de instrumentos, incurrió en el error ó equivocacion que hemos visto, no deberá parecer tan estraño que el erudito y diligente anticuario el señor don Francisco Martinez Marina en su Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislacion, especialmente sobre las leyes de las siete partidas, que se han publicado de poco tiempo á esta parte, en el número 303 afirmó que el Rey don Alonso el Sabio principió á reinar el dia 1.º de Junio de 1252, y en la nota 2.ª de la llana del número ya citado subscribe y aprueba la cronología ó cómputo formado por el Padre Burriel, asegurando que en su carta á don Juan Amaya (que queda citada) ajusta con exactitud la cronología del dia en que empezó á reinar el Rey don Alonso el Sabio.

34 Mas admiracion debe causar que un cuerpo tan respetable y científico como la Academia de la Historia, llevada y como impelida de la autoridad del P. Burriel, haya adoptado y hecho suya su opinion: en el prólogo que este ilustre cuerpo ha puesto á la cabeza de la nueva edicion de la obra de las partidas, que recientemente ha publicado, en el folio 26 hablando del prólogo de dicha obra dice lo siguiente: "en él da razon el Rey don Alonso de que se comenzaron las partidas pasado el año cuarto de su reinado y veinte y tres dias mas, víspera de la festividad de san Juan Bautista; lo que significa sin controversia ni dificultad que se empezó á entender en la ejecucion de esta grande obra el dia 23 de Junio de 1252, y aun esto mismo lo espresa tambien en el prólogo con igual claridad; porque prescindiendo de los cómputos, en cuya reduccion no nos hemos de empeñar ahora, dice haber sido el principio de su reinado andados de la Era de Cesar 1289 años romanos, y ciento cincuenta y dos dias mas, y de la Encarnacion 1251 años romanos, y ciento cincuenta y dos dias mas; con que quiere decir que su exaltacion al trono tuvo lugar pasados ya ciento cincuenta y dos dias del año de 1252, que habiendo sido, como fue, bisiesto, vino á verificarse en 1.º de Junio; lo que está conforme con todas las noticias históricas." Hasta aqui la Academia.

35 He dicho que la Academia llevada

y como impelida de la autoridad del Padre Burriel hizo suya su opinion, porque se hecha de ver que para apoyarla se vale del mismo fundamento, contando y reputando por andados los ciento cincuenta y dos dias que iban del año de 52 cuando principió á reinar el Rey don Alonso, sin embargo que no dice que habian andado ó pasado los espresados dias (como se ha visto), sino que andaban. Fue ciertamente desgraciado el Rey don Alonso para hacerse entender de estos sabios y eruditos anticuarios, pues cuando afirma que iban andados cuatro años y veinte y tres dias del principio de su reinado hasta la víspera de san Juan Bautista, en que se dió principio á la obra de las partidas, entienden y suponen quiso decir que andaban, y cuando con referencia á los ciento cincuenta y dos dias del año de 52 espresa que andaban, lo interpretan y esplican que eran andados y pasados.

36 En prueba y confirmacion de la precision con que distinguian los escritores los dias andados y por andar en las fechas de los tiempos de sus escritos, y para que no se crea que la distincion que dejo referida es mas ingeniosa que sólida, copiaré una nota que dice el señor Marina se halla al fin de la última ley y último título del códice toledano 2.º, y la refiere al fin de la llana del folio 417 de su Ensayo histórico-crítico. Dice asi dicha nota: "esta partida se comenzó Miércoles, cuatro dias por andar del mes de Noviembre, et acabóse Miércoles, cuatro dias andados del mes de Marzo, Era de mil et trescientos et ochenta et dos años."

37 Por ella se manifiesta con la mayor claridad, que el dia por andar era el que empezaba, tomándolo y entendiéndolo desde su mañana, y el andado el que concluía y se finalizaba por su noche; con que si el Rey don Alonso afirma en su prólogo de las partidas, que eran ya andados cuatro años y veinte y tres dias del principio de su reinado cuando se comenzó la obra, es claro que en los veinte y tres dias no se comprendia el 23 de Junio, víspera de san Juan Bautista, en que se dió principio á la obra, porque dicho dia no estaba aun andado, sino por andar, y la razon es tan obvia y clara como concluyente é incontestable, porque como ya se ha indicado arriba, es imposible de toda imposibilidad que ninguna cosa se pueda ejecutar en un tiempo que ya habia pasado, por lo que si la víspera del dia de san Juan Bautista era ya pasada cuando se comenzó y dió principio á la obra de las partidas, no podia verificarse que en aquel se comenzase á trabajar en ella.

38 Las obras, no solo de las criaturas, sino las que ejecuta Dios *ad extra*, exigen por su esencia un tiempo presente para su ejecucion; con que si el dia de la víspera de san Juan Bautista se comenzó la obra de las partidas, aquel dia no puede contarse entre los pasados ó andados, porque se seguiria el vergonzoso é intolerable absurdo de que la obra se habia comenzado en un dia que ya habia trascurrido cuando se comenzó, ó lo que es lo mismo, que habia principiado un dia antes de principiarse.

39 No parece se contentó la Academia con dar á la opinion del P. Burriel la certeza que no tenia, sino que intentó cerrar la puerta á nuevas y ulteriores indagaciones, cuando concluye asegurando que lo que ha dicho está conforme con todas las noticias históricas.

40 Si en esta cuenta de cronología se han equivocado en un dia el P. Burriel y los que lo siguen, los doctores Asso y Manuel estendieron su equivocacion á cinco años con respecto á la época en que se dió principio á la obra de las siete partidas, pues aseguran en su introduccion á las instituciones de Castilla, que el Rey don Alonso emprendió por mandado de su padre la espresada obra año de 1251, en cuyo tiempo ni habia muerto el Rey san Fernando, ni se comenzó la obra hasta cuatro años despues, esto es, hasta Junio de 1256.

41 No son menos varias y encontradas las opiniones de nuestros eruditos anticuarios acerca de los sabios ó doctores de que se valió el Rey don Alonso para la formacion de la célebre é inmortal obra de las siete partidas.

42 El doctor Espinosa, que como se dice en el prólogo de la Academia á la nueva edicion de las partidas de 1807, fue un Abogado de gran crédito en Valladolid en tiempo del Emperador Carlos V, en el extracto que ha quedado de su muy celebrada y desgraciadamente perdida obra sobre el derecho y leyes de España, se esplica de este modo: "acerca de los doctores que compusieron este libro por mandado de dicho Rey, no se sabe cosa cierta, por

no constar de ello en las partidas ni en la Crónica citada, ni en otra parte alguna. Lo que suele decirse que Azon concurrió á dicha composicion no tiene otro fundamento que el haber los copiladores de las partidas seguido en ellas el órden de la suma de aquel autor, y puesto por leyes sus opiniones. Pero habiendo fallecido en Bolonia este jurisconsulto en el año de 1200, fue yerro de cronología atribuirle que hubiese tenido parte en una compilacion comenzada á hacer mas de medio siglo despues."

43 El curioso y erudito abogado don Rafael Floranes, segun el señor Marina al número 306 de su ensayo, en sus apuntamientos para la historia del derecho español, se lisongea haber descubierto y hallado sin algun género de duda los doctores que trabajaron en el código de las partidas, y aun se estiende á designar el lugar en que se ejecutó la obra, que dice fue en la ciudad de Sevilla. La certeza de uno y otro hallazgo la funda en la congetura de que en varias leyes se citan los nombres de los que ejercian empleos públicos en Sevilla, y se ponen ejemplos designando calles y barrios de la misma ciudad, como podrá verse en la nota 1.ª que trae el señor Marina al fol. 268 de su Ensayo, donde refiere las palabras de Floranes, y merece leerse tambien la nota 2.ª del fol. siguiente del ensayo, donde el mismo autor hace un estenso y merecido elogio de la obra de las partidas y de sus autores.

44 El P. Burriel en su erudita carta á don Juan de Amaya, hablando del fuero real ó de las leyes al fol. 67, dice que su autor fue el Rey don Alonso el Sabio, y añade "que fue su autor, no como quiera por mandarlo formar, sino por escribirlo todo efectivamente por sí mismo (como yo me inclino á creer no menos del fuero real que de las partidas), ó á lo menos por examinarlo, reveerlo y corregirlo, como hizo con traducciones de obras de Arabes hechas por otros, arreglándolas á su castísimo y purísimo lenguage." Hasta aqui el P. Burriel.

45 Esta infundada y arbitraria congetura del P. Burriel acerca del autor del libro de las leyes de las partidas con razon la gradúa de paradoja el señor Marina en la nota 3.ª del número 304 de su Ensayo, donde despues de referir varias espresiones con que el Rey Sabio se atribuye, asi en el prólogo de las partidas como en algunas leyes de ellas, el haber formado aquel libro, advierte el señor Marina en dicha nota "que no quiere persuadir con esto que el Rey don Alonso hubiese escrito y trabajado por sí mismo el código legal que lleva su nombre. Para atribuírsele basta que haya meditado y fomentado tan grave empresa, y autorizado esta copilacion despues de llevarla hasta el cabo. Solo por estos motivos adjudicó la posteridad á Teodosio su código Teodosiano, á Alarico el que llaman de Ariano, á Ervigio ó Egica el código Visogodo, y á Justiniano las Pandectas. Y aunque no ha faltado quien creyese que don Alonso X fue autor original y único de las partidas, todavia para dar asenso á esta paradoja seria necesario ignorar la historia de los primeros años de su reinado, y no haber leido aquella copilacion. El Monarca de Castilla seguramente fue Sabio y muy amante de la sabiduría; ¿mas quién se persuadirá de que hubiese empleado su vida y talentos en apurar todos los ápices del derecho, y en estudiar las Decretales, el Código y Digesto, y otras obras infinitas de Teología, Filosofia y Jurisprudencia, vaciadas ó estractadas en el código Alfonsino? Con todo eso, supongamos á nuestro Monarca adornado de tales y tan grandes conocimientos; dígase y convengamos en que fue un consumado jurisconsulto; pero los gravísimos é importantes negocios del Estado ocurridos en los primeros años de su reinado, señaladamente los que tanto llamaron su atencion é inquietaron y fatigaron su ánimo, los asuntos del imperio ni le dejarian tiempo, ni gusto, ni el necesario sosiego y tranquilidad de espíritu para comenzar y seguir con teson y constancia tan vasta y dificil empresa. La notable variedad de estilo que se advierte en las partes principales de la obra, asi como la diferencia y aun contradiccion en las opiniones, ideas y resoluciones legales, deben convencernos que no fue uno solo, sino muchos, los que intervinieron en la copilacion de las partidas." Hasta aqui el señor Marina.

46 He tenido por conveniente copiar esta nota, aunque larga, porque pienso servirme de ella para lo que he de decir acerca de la opinion de la Academia de la Historia en este punto.

47 Consiguiente á lo que habia manifestado el señor Marina en la nota que se ha copiado, dice al número 311 de su Ensayo: "ignoramos todavia quiénes hayan sido los doctores que intervinieron en la copilacion de las partidas, y á pesar de las esquisitas diligencias practicadas por nuestros literatos para apurar este punto tan curioso de la historia literaria, y del cuidado que hemos puesto en leer y examinar los varios apuntamientos y notas derramadas por los códices que tuvimos presentes, al cabo nos hallamos en la misma incertidumbre que el doctor Espinosa, cuyo dictámen se ha referido arriba;" y en el número 112 continúa en estos términos: "Mientras no se descubran documentos seguros y ciertos sobre esta materia debemos contentarnos con probabilidades, y usando de este género de argumento podemos asentar que por lo menos intervinieron á la redaccion del código Alfonsino los tres doctores ó maestros en leyes Jacomé ó Jacobo Ruiz, llamado de las leyes, maestre Fernando Martinez y maestre Roldan."

48 Su congetura acerca de haber intervenido Jacobo Ruiz, llamado de las leyes, en la redaccion del código Alfonsino, la funda el señor Marina en un hecho que dice incontestable al número 313 de su Ensayo, cual es, que el maestro Jacobo fue ayo del Rey don Alonso siendo Infante, y que en estas circunstancias trabajó de su órden una suma de las leyes, como lo espresó este doctor en el prólogo ó dedicatoria, cuyas palabras refiere á continuacion.

49 La congetura del señor Marina se ve apoyada en una nota de nuestro erudito anticuario Ambrosio de Morales, que afirma don Gregorio Mayans leyó en una Crónica del Rey don Alonso el Sabio que tenia en su biblioteca, cuya nota dice así: "tuvo el Rey don Alonso para hacer estas partidas por muy principal letrado entre otros á Micer Jacobo, natural de::::: que despues por estas partidas que hizo le llamaron Jacobo de las leyes. Fue muy heredado en Murcia, y dejó allí su casa, y los que hoy hay allí del linage de los Paganes dicen que son sus descendientes." Hasta aquí la nota.

50 Aunque Ambrosio de Morales dejó en blanco la patria de Micer Jacobo, se cree comunmente que era de Génova porque Cascales en sus discursos de la ciudad de Murcia y su reino afirma que esta familia trae su orígen de la ciudad de Génova, donde era muy antigua y noble, y sus descendientes eran antiguos moradores de la ciudad de Murcia casi desde la misma poblacion.

51 Despues de haber dado á luz el señor Marina un Ensayo histórico-crítico, publicó la Real Academia de la Historia la nueva edicion de las partidas del Rey don Alonso el Sabio, y en el prólogo que puso á su frente renovó ó mas bien estendió y amplificó la opinion del P. Burriel, que solo se limitaba á que el Rey don Alonso por sí mismo habia escrito la obra de las partidas, y estampó "que á su modo de entender el código de las partidas era del Rey don Alonso en el plan de ellas, suya la coordinacion y estension uniforme de las leyes, porque examinándolas con cuidado no puede dudarse que todas salieron de una misma pluma, así como el órden convence de que uno fue el que trazó, dispuso y dirigió la obra, y este parece, fuera de toda controversia, haber sido el Rey don Alonso." Hasta aquí el prólogo, fol. 16.

52 Para corroborar su opinion refiere una de las cláusulas del primer testamento del Rey don Alonso, otorgado en Sevilla á 8 de Noviembre de 1283, que despues se insertó en la Crónica del mismo Rey, y dice así: "Otrosi mandamos al que lo nuestro heredare el libro que nos fecimos setenario, este libro es las siete partidas."

53 Tambien recurre el autor del prólogo en apoyo de su opinion, como á una razon de congruencia, á que las letras iniciales del proemio de cada partida forman el nombre de Alfonso, como observó don Diego Ibañez de Faria en sus adiciones á las varias resoluciones del señor Cobarrubias, lib. 4.°, cap. 18, cuyo hecho dice el autor del prólogo no deja de ser otro indicio de que fue el Rey Sabio quien usó de este juego y artificio propio de su genio, y se ocupó en estender aquellas leyes.

54 Ultimamente recurre el autor del prólogo á la semejanza del estilo entre las partidas y algunas obras que atribuye al Rey don Alonso, á cuyo fin inserta á la letra la carta que el Rey Sabio escribio á don Alonso Perez de Guzman en el año trigésimo de su reinado, que equivale al de 1282, y á la Historia general de España, que supone

acreditó el marques de Mondejar en sus memorias tan completamente ser obra propia del Rey don Alonso, que seria muy temerario el que hoy volviese á promover dudas sobre ello, de que infiere que el mismo que escribió la inimitable carta, que él mismo y no otro fue el que ordenó el código de las partidas, y que el estilo es tan uno en la historia general, que es preciso que ambas obras sean de un mismo autor, y los que han promovido dudas sobre si eran del Rey Sabio no han nombrado otro á quien poder atribuirlas, y á mediado del folio 17 sienta esta proposicion. "Que en tiempo del Rey don Alonso el X no se conoce otro que pudiera escribir las partidas como estan escritas."

55 Tambien se vale el autor del prólogo de la Academia de otra razon de congruencia, reducida á que habiendo corregido el Rey don Alonso las faltas de locucion en las traducciones que mandó hacer de diferentes libros astronómicos, poniendo el mayor cuidado en pulir el habla castellana, no es de creer omitiese esta diligencia con una obra, á que dió, como merecia, la mayor importancia; y en comprobacion de esta verdad, copia una nota tomada del diligentísimo marques de Mondejar, que asegura se halla puesta al fin de la traduccion del libro de las Armellas; la nota dice asi: "fue fecha en el catorceno año que reinó este Rey sobredicho, que andaba la Era de Cesar 1294: é despues lo enderezó, é mandó poner este Rey sobredicho, é tolló las razones que entendió sobejanas é dobladas, é que non eran en castellano derecho, é puso las otras que entendió que complia, et cuanto en lenguage enderezólo él por sí."

56 He referido los fundamentos con que pretende apoyar su opinion la Academia, y por el mismo órden procuraré manifestar su insuficiencia y poca solidez para persuadir su intento.

57 El primer fundamento de que se vale es afirmar al folio 26 del prólogo, hablando del Rey don Alonso, "que suyo es, á nuestro modo de entender, el plan, y suya la coordinacion y estension uniforme de las leyes, porque examinándolas con cuidado no puede dudarse que todas salieron de una misma pluma, asi como el órden convence de que uno fue el que trazó, dispuso y dirigió la obra; y este parece fuera de toda controversia haber sido el Rey don Alonso." Hasta aqui la Academia.

58 ¿Qué prueba nos da en esta pomposa esposicion que se acaba de referir de que el Rey Sabio fue el autor del plan, de la coordinacion y estension de las leyes de partida? Ninguna otra, sino asegurarnos que parece fuera de toda controversia haber sido el Rey don Alonso el verdadero autor de la obra. ¿Y en qué buena lógica se admite por prueba de una opinion el parecer del autor que la propone? En ninguna sino en la de la Academia.

59 Haya sido en buen hora uno mismo, el autor del plan, de la coordinacion y estension de las leyes, ó lo que es lo mismo, el que trazó, dispuso, coordinó y las estendió, y que todas estas saliesen de una misma pluma; ¿cómo de un antecedente tan general é indeterminado se ha de constituir al lector en la precision ó necesidad de atribuir y considerar al Rey don Alonso autor de estos hechos? Los que tampoco guardan entre sí una relacion ó conexion necesaria, siendo harto comun y frecuente, no solo en las artes sino en las ciencias, que uno es el autor del plan y otro el que coordina la obra y la pone en ejecucion. En prueba de esta verdad nos ofrece un hecho memorable y digno de una gloria inmortal la historia de nuestra nacion en la persona del grande Arzobispo de Toledo don fray Francisco Jimenez de Cisneros, que proyectó y dispuso la edicion de la primera Biblia Políglota, admiracion del orbe cristiano, y salió á luz en sus dias, y sin embargo á nadie le ha ocurrido atribuir á este hombre singular y celosísimo prelado la coordinacion y ejecucion de la grande obra que proyectó.

60 Otro tanto sucedió en la edicion de la Biblia Regia, proyectada por el Rey don Felipe II, en emulacion de la complutense, y ejecutada por el incomparable varon don Benito Arias Montano.

61 Otro fundamento de que se vale la Academia para corroborar su opinion es la cláusula del testamento del Rey don Alonso, que dice asi: "otrosi mandamos al que lo nuestro heredare el libro que nos fecimos setenario, este libro es las siete partidas." Esta cláusula la tiene la Academia por el argumento mas fuerte por haber declarado el mismo Rey que las siete partidas eran obra suya.

62 No es de estrañar que la Academia

tuviese por eficacísimo este argumento, que á primera vista parece constituye su opinion en clase de incontestable; pero examinado á las luces de la sana crítica se hace inútil y desatendible: dos son los puntos que se han de examinar para conocer la verdadera inteligencia que se debe dar á la cláusula del testamento del Rey Sabio, á saber, si las últimas palabras de la cláusula de la Crónica "este libro es las siete partidas" son del original, ó esplicacion ó glosa introducida por algun copiante, y si la otra espresion "el libro que nos fecimos" se refiere á las leyes de las siete partidas ó al libro setenario.

63 Hablando de uno y otro punto el sabio y erudito padre Sarmiento, citado por el señor Marina al número 308 de su Ensayo, "sospechó que las últimas palabras de aquella cláusula de la Crónica, este libro es las siete partidas, acaso no serian del original sino una esplicacion ó glosa introducida por algun copiante, y que la otra espresion, el libro que nos fecimos, no es tan propia para las leyes de las siete partidas, las cuales no las hizo, sino que las autorizó y publicó, cuanto para los siete capítulos de la vida de san Fernando ó para el libro setenario, que uno y otro hizo el propio Rey don Alonso."

64 El mismo señor Marina espresa que tiene por juiciosa la sospecha del P. Sarmiento y su crítica, respecto de la primera parte de la citada espresion del cronista, y tanto mas fundada, cuanto es cierto como ha averiguado no hallarse aquella glosa en algunos manuscritos antiguos de la Crónica del Rey don Alonso.

A esta observacion del señor Marina, que es de mucho peso para persuadir que las últimas palabras de la cláusula son supuestas, fraguadas por algun copiante, mayormente cuando en el modo que estan concebidas denotan cierta redundancia de voces fácil de evitar, pues bastaba haber dicho despues de setenario, ó de las siete partidas, que era una espresion mas natural, voy yo á añadir otra reflexion mucho mas eficaz y convincente, sacada de las curiosas averiguaciones que se contienen en el Ensayo del señor Marina al número 305, donde sienta este autor, que hasta el siglo décimocuarto no se dió al código del Rey don Alonso el título ó nombre de leyes de partida, y que los primeros de quien consta haberle citado bajo de este nombre fue el autor de las leyes del estilo en la 43 y 144 en tiempo de don Fernando IV, y el célebre jurisconsulto Oldrado, que floreció y escribió en los primeros años del reinado de don Alonso XI, y que este soberano les dió este mismo título en las cortes de Segovia de 1347, y en las de Alcalá el año siguiente, desde cuya época se hizo costumbre llamarlas con este nombre; debiéndose tambien notar que los dos códices en que primeramente se da el nombre de partidas á la obra del Rey don Alonso son el Toledano segundo, que consta se escribió en la Era de 1382, que corresponde al año del nacimiento de 1344, y el Escurialense segundo, que en una nota que trae al fin de la primera partida consta que se escribió el año del nacimiento de nuestro Salvador 1412, ¿seria pues creible que entre sesenta y un códices que ha tenido presente la Academia para su nueva edicion de las partidas, no se encontrára alguno de fecha anterior al siglo XIV, en donde se espresáran con este nombre, si ya el Rey don Alonso en su testamento otorgado algunos años antes de su muerte les hubiera dado este título del libro de siete partidas? A que se aumenta que tanto en el prólogo de ellas como en las repetidas citas que se encuentran en las leyes con referencia á otras nunca se usa de otra espresion que nuestro libro ó de este libro.

65 Despues de unas reflexiones tan directas y convincentes no debe quedar la menor duda de que las últimas palabras de la cláusula testamentaria, "este libro es las siete partidas," son supuestas é intercaladas en la Crónica del Rey Sabio.

66 Aunque el señor Marina aprobó la sospecha del P. Sarmiento, y graduó de juiciosa su crítica respecto de la primera parte de la citada espresion de la Crónica, no mereció su aprobacion la inteligencia que da el citado P. Sarmiento á las siguientes palabras "el libro que nos fecimos setenario," aplicándolas, no á la obra de las partidas, sino á la que se principió en tiempo del santo Rey don Fernando bajo el título de setenario, por lo que afirma que en esta parte no procedió el P. Sarmiento con igual tino y acierto.

67 Las razones que alega el señor Marina para separarse del dictamen de aquel sabio escritor las espresa al número 308 de su Ensayo, y son las siguientes: "¿Qué otro libro pudo ser el que el Rey, estando para morir, dejaba á su heredero y su-

cesor en la corona, sino el libro mas escelente entre todos los que de su órden se publicaron? ¿El libro comprensivo de la constitucion política, civil y criminal del reino? ¿El libro mas necesario y mas propio de los Reyes, y en el cual se debian mirar, así como en espejo, para saber emendar los sus yerros et de los otros? Un libro de tan poca estima, tan imperfecto y defectuoso como el fragmento llamado setenario, no parece que era un objeto digno de llamar la atencion del Monarca en momento tan serio como el de la muerte." Y en el número 309 observa que los jurisconsultos de los siglos XIV y XV citaron el código Alfonsino, no solamente con el nombre de partidas, sino tambien con el de setenario.

68 Aunque sea cierto que el libro mas escelente entre todos los que se compusieron de órden del Rey Sabio es el de las partidas, no por eso debe presumirse que merecieran preferencia para que las dejara á su heredero respecto del setenario, porque en este podia haber alguna particularidad que lo hiciera preferible para la conservacion de la memoria de su santo padre, y de la obediencia con que ejecutaba sus órdenes y mandatos, como manifestaré despues. Se equivoca manifiestamente el señor Marina en suponer que el libro que san Fernando le habia encargado formar á su hijo fue el de las partidas, y no el setenario, pues del prólogo que se halla al principio del libro setenario en el códice Toledano, primero de los que han servido para la última edicion de las partidas, y lo refiere á la letra don Miguel de Manuel al folio 217 de sus memorias para la vida del santo Rey don Fernando, y copia tambien el señor Marina al número 291 de su Ensayo, consta que el libro que mandó continuar san Fernando á su hijo fue el que habia comenzado en su vida el santo Rey, como lo acreditan las siguientes palabras copiadas por el señor Marina. "Onde nos queriendo cumplir el su mandamiento como de padre, et obedecerle en todas las cosas; metiemosnoz á facer esta obra mayormente por dos razones; la una porque entendiemos que habiendo grant sabor; la otra porque nos lo mandó á su finamiento cuando estaba de carrera para ir al paraiso..... Et metiemos nos otrosí nuestra voluntad, et ayudámosle á comenzar en su vida et complirlo despues de su fin.... Et por todos estos bienes que nos fizo quisiemos complir despues de su fin esta obra que él habia comenzado en su vida, et mandó á nos que la compliesemos. Et por ende punamos de levarla cabodelante cuanto pudiemos et segunt aquella carrera: et feciemos aquel ordenamiento, que entendiemos que era mas segunt su voluntad." De estas palabras se convence que la obra que san Fernando mandó continuar á su hijo don Alonso la habia comenzado el santo en su vida con ayuda de su hijo, y que este la habia llevado adelante, é hizo aquel libro ú ordenamiento que creyó era mas conforme á la voluntad que le manifestó su padre.

69 Si consta con evidencia por el prólogo de las partidas que se dió principio á esta obra cuatro años y veinte y tres dias despues de la muerte de san Fernando, ¿cómo ha de ser conciliable que dichas partidas fuesen continuacion del código que principió san Fernando con el título de setenario? La continuacion de una obra en toda clase de materias implica y repugna que sea principio de ella.

70 Demos á este punto toda la claridad de que es susceptible. Deseando el Rey san Fernando estirpar los daños y violencias que se habian cometido y cometian en las provincias, é introducir el órden y debida subordinacion entre los miembros del Estado, y dar vigor á las leyes, determinó entre otras cosas escoger las mejores que se contenian en los fueros municipales, ó en cierto modo generales, formar de ellas y publicar en idioma castellano un solo cuerpo legislativo comun y general á todo el reino; dió principio á la ejecucion de tan gloriosa y dificil empresa con el auxilio de su hijo el Infante don Alonso, y se comenzaron á tirar las primeras líneas del nuevo código legislativo; pero habiendo sobrevenido á poco tiempo la muerte del santo Rey, quedaron estos trabajos literarios muy á los principios, y de las siete partes de que debia constar la obra solo resta un trozo ó fragmento de la primera, y como el santo no pudo tener la satisfaccion de ver concluida la obra, la recomendó encarecidamente al Infante don Alonso, y le mandó llevarla hasta el fin, y perfeccionarla, como asi lo reconoce el señor Marina al número 290 y 291 de su Ensayo, cuyas palabras he referido casi á la letra.

71 Si pues por las palabras que se han

copiado de la introduccion ó prólogo que el Rey puso al código conocido por setenario, espresamente se dice que queriendo cumplir el mandamiento de su padre, y obedecerle en todas las cosas, emprendió hacer aquella obra por su grande utilidad, y porque asi se lo mandó su padre cuando estaba para morir, y por todo lo cual dice que trabajó en llevarla adelante en cuanto pudo, é hizo aquel ordenamiento, que entendio era mas conforme á la voluntad de su padre, resulta con evidencia, no solo que continuó la obra comenzada por su padre, sino que la concluyó, segun con mayor espresion lo dice todavia el mismo Rey en su introduccion ó prólogo por estas palabras, copiadas igualmente por el señor Marina en la nota primera del número 292: "Et nos don Alonso desde que obimos este libro compuesto é ordenado pusímosle el nombre setenario." ¿Como despues de unas palabras tan claras, precisas y terminantes con que el Rey manifiesta que continuó y finalizo la obra comenzada por su padre, y le puso el nombre de setenario, pretende el señor Marina, suponiendo que el Rey dejo abandonada la obra que comenzó su padre, escusarlo de la nota de desobediente á sus preceptos, diciendo al numero 292 "aunque el Sabio Rey dejó la obra comenzada en tiempo de su padre en un estado de tanta imperfeccion, cual muestran los códices del libro setenario, no por eso se le debe culpar de ingrato ó de haber olvidado el grave encargo del santo Rey, ó desobedecido su mandamiento, porque este Principe, siguiendo religiosamente las ideas de su padre, encaminandose al mismo blanco y objeto, y resuelto á perfeccionar aquella empresa juzgó con mejor y mas maduro consejo principiar la obra de nuevo y bajo de otro método, bien que con el mismo título de setenario, esto es, código legal dividido en siete libros, partidas ó partes?"

72 De lo dicho hasta aqui por el señor Marina, para persuadir que la obra del setenario fue la misma que de las partidas, resulta un cumulo de contradicciones y paralogismos que no pudieran esperarse del talento mas limitado y destituido de las nociones mas comunes; voy á demostrarlo.

73 Reconoce que san Fernando y su hijo don Alonso principiaron la obra del setenario, y que habiéndola dejado incompleta san Fernando, mandó á su hijo que la continuase, y este confiesa que asi lo hizo hasta concluirla, poniéndole el nombre de setenario.

74 Si la comenzó san Fernando y la continuó don Alonso y le puso el nombre de setenario, se infiere con la mayor evidencia que la obra del setenario fue distinta de la de las partidas, que se principiaron algunos años despues de haber comenzado el reinado don Alonso.

75 Si en la introduccion puesta al principio del fragmento del códice del setenario espresamente se dice, y no lo niega ni puede negar el señor Marina, que compuso y ordenó la obra, y lo convence demostrativamente el hallarse íntegra y completa la introduccion de dicha obra, que nunca se forma antes de principiarse, sino que siempre se hace despues de concluida, como el mismo señor Marina lo ha practicado en la advertencia que precede á la obra de su Ensayo crítico é histórico de la antigua legislacion, pues la advertencia y prólogo es una historia de la obra, y las historias no se forman de los hechos venideros y futuros, sino de los pasados, ¿cómo ha de ser conciliable que existiendo la introduccion de la obra del setenario, que es el prólogo de la misma, no se hubiese concluido esta, mayormente cuando en la misma introduccion espresamente se afirma que se compuso y ordenó, y se le impuso el nombre de setenario? Era bien escusado poner nombre á quien no habia visto la publica luz.

76 Todavia se convence otra contradiccion del señor Marina en este punto, pues en el catálogo que formó de las obras del Rey Sabio al principio de su Ensayo histórico-crítico, hablando de las obras de jurisprudencia, afirma al núm. 11, folio 11, lo que sigue: "libro setenario en que tuvo parte el Rey don Fernando, y se concluyó por su hijo don Alonso." Si reconoce dos hechos tan terminantes como son, que el Rey san Fernando tuvo parte en el setenario, y que se concluyó por su hijo don Alonso, ¿en qué juicio cabe conciliar este hecho con el de que el mismo don Alonso abandonó la obra del setenario despues de la muerte de su padre antes de concluirla? Si la obra del setenario es la misma que la de las partidas, ¿por qué á continuacion de lo que habia dicho en el mismo catálogo de las obras de jurisprudencia,

despues de haber referido el *Speculum ó espejo* de fueros, y el fuero de las leyes pone el código de las leyes de don Alonso X dividido en siete partidas?

77 Si el código setenario y las partidas son una misma cosa, ¿por qué duplica las obras?

78 El Rey Sabio en su introduccion ó prólogo al setenario afirma dos cosas; que principió esta obra con su padre, y que por el fallecimiento de este la compuso y ordenó, y le puso el nombre de setenario.

79 El Rey don Alonso no solo es testigo presencial de este hecho, sino autor y ejecutor del mismo. ¿Debemos, pues, desmentir al Rey por dar crédito al señor Marina, que nos asegura lo contrario despues de quinientos años, bajo su palabra, sin darnos el menor garante de su asercion? Nos dice el Rey, y lo reconoce el señor Marina, que á la obra que compuso y ordenó le puso el nombre de setenario. ¿Ha visto, pues, el señor Marina en los sesenta y un códices que ha tenido presentes para la nueva edicion de las partidas alguno que lleve el título de setenario? Si lo ha visto por qué no lo cita; y si no lo ha visto por qué lo afirma? ¿El nombre de setenario, que dice el Rey impuso á la obra, era propio ó apelativo? Si lo primero, no podia corresponder á ninguna otra obra; si apelativo, no es de alabar la discrecion del Rey Sabio de haber puesto á su obra para distinguirla de otras el nombre comun que corresponde á las que se componen de siete partes, y vendria á ser lo mismo que poner á un hombre ó caballo el que corresponde á todos los de su especie.

80 De la nota ó adicion á la Crónica del Rey Sabio se vale con oportunidad la Academia en el prólogo á su nueva edicion de las partidas para provar la paradoja de que el Rey don Alonso escribió por sí ó coordinó y compuso la obra de las siete partidas. Un proceder semejante en vez de ilustrar nuestra historia literaria solo sirve para obscurecerla y confundirla.

81 Quede pues desde ahora reconocida por una verdad constante que la obra del setenario es realmente distinta de la de las partidas, de cuyo hecho han hablado con tanta variedad los jurisconsultos y nuestros autores. El señor Marina ha querido obstentar su ingenio y erudicion en competencia del juicioso dictámen del P. Sarmiento, y ha conseguido presentarse como un pigmeo al lado de un gigante.

82 Persuadido el señor Marina de que habia hecho ver que el Rey don Alonso no continuó la obra que habia comenzado su padre, sin embargo de que nada ha traido en su comprobacion, y las palabras que se han citado del Rey Sabio en la introduccion al libro setenario desmienten esta omision, desciende en la nota 2.ª del citado número 292 á describir las partes que se contienen en los fragmentos que han quedado del libro setenario, y dice que la primera es una especie de introduccion añadida por don Alonso el Sabio, donde se trata difusamente de varias cosas notables comprendidas en el número 7, como de los siete nombres de Dios, de los siete dones del Espíritu Santo, de siete virtudes del Rey don Fernando, de siete perfecciones de la ciudad de Sevilla, de las siete artes liberales, de los siete planetas, y otras de esta naturaleza.

83 Antes de pasar de aqui quisiera yo saber del señor Marina si esta introduccion añadida por el Rey don Alonso al libro setenario la formó antes ó despues de abandonada la obra comenzada por su padre.

84 Si se afirma el primer estremo de la disyuntiva, á saber; que la introduccion ó prólogo lo formó el Rey don Alonso antes de abandonar la obra que le encargó continuar su padre, resalta una estraña y nunca oida irregularidad, cual seria haber hecho y puesto prólogo á una obra cuando apenas estaba principiada, y antes de concluirse, y de que acaso seria este el primero y único ejemplar en los anales literarios.

85 He dicho prólogo á lo que el señor Marina llama introduccion porque en ella se hallan todas las cualidades que esencialmente constituyen los prólogos, cuales son indicar la causa que estimuló á emprender la obra, el fin y objeto á que se dirigia, y el nombre que se le puso, que todas se encueutran reunidas en la llamada introduccion.

86 Si se elige el segundo estremo de haberse formado el prólogo despues de abandonada la obra por inconducente al fin que se propuso el autor, se incurre en igual ó acaso mayor irregularidad de poner prólogo á una obra que se habia desechado y tenido por inútil su continuacion, y en uno y otro caso se haria al Rey Sabio la mas atroz injuria, y se cometeria un enorme des-

acato contra su veracidad, imputándole habia faltado manifiestamente á la verdad cuando en su prólogo nos asegura que en obedecimiento del mandato de su padre punó ó trabajó en llevar la obra adelante, cuanto pudo, y desde que hubo este libro compuesto y ordenado púsole el nombre de setenario. Si el Rey espresamente afirma que concluyó la obra, y que le impuso el nombre de setenario, ¿no será un arrojo temerario el intentar desmentir dos hechos tan claramente espresados por el mismo que los ejecutó?

87 Acaso se persuadirá el señor Marina haber disuelto este argumento con lo que dice al número 292 de su Ensayo, y se ha referido arriba, de que el Rey don Alonso, siguiendo religiosamente las ideas de su padre, resolvió perfeccionar la empresa principiada por el mismo, y juzgó con mejor consejo comenzar la obra de nuevo bajo de otro método y con el mismo título de setenario, que equivale á un código legal dividido en siete libros ó partidas; pero contra esta esposicion, enteramente arbitraria, resalta una réplica irresistible é incontestable. Si la obra que formó el Rey don Alonso en virtud del precepto de su padre fue el código legal de las siete partidas, como afirma el señor Marina, ¿por qué en el prólogo que se halla á la cabeza del fragmento que ha quedado del libro setenario, y en el que tan específica y circunstanciadamente espone el Rey don Alonso lo que ejecutó en obedecimiento del mandato de su padre, no espresa el dia en que dió principio á la obra, y el año en que la remató, como clara y literalmente señala estas épocas en el prólogo de las partidas? Si en el prólogo del setenario afirma el Rey don Alonso que compuesto y ordenado el libro le puso el nombre de setenario, ¿qué razon pudo tener para omitir y callar en el prólogo de las partidas unas circunstancias tan sustanciales é importantes? De que se infiere con la mayor evidencia que en el prólogo del setenario habló el Rey Sabio de una obra distinta de las partidas, y en el de las partidas de una obra diversa de la del setenario.

88 Y si no, dígaseme en qué lugar cuadraba y correspondia colocarse mejor el prólogo que se halla á la cabeza del setenario, en donde tan detenidamente manifiesta el Rey Sabio el cuidado, esmero y puntualidad que puso en cumplir el mandamiento de su padre, que en las partidas, si esta fue la obra que ejecutó en virtud de dicho mandato.

89 Persuadido el señor Marina de que habia hecho ver que el Rey don Alonso no continuó la obra de su padre en el estado que la dejó, sin embargo de que nada ha traido en su comprobacion, y antes bien queda demostrado lo contrario, desciende en la nota 2.ª del espresado número 292 á descubrir el estado en que se halla el fragmento ó libro de setenario, y dice consta de dos partes: "La primera comprende la introduccion del Rey don Alonso, que yo tengo por prólogo, en la que trata difusamente de varias cosas notables comprendidas en el número siete ó setenario. En la segunda se contienen las mismas materias de la primera partida; pero no pasa del sacrificio de la Misa, comenzando por un tratado sobre la Santa Trinidad y Fé católica:::: y á continuacion van las leyes relativas á los Sacramentos, muy pesadas y difusas, y sospecha que acaso pudo ser esta la causa porque el Sabio Rey abandonase esa obra para comenzar la suya bajo de otro método."

90 Si la causa que tuvo y movió al Rey Sabio para abandonar la obra principiada por su padre, y emprender otra bajo diverso método, fue la pesadez y difusa estension con que estaban estendidas las leyes relativas á los Sacramentos, como sospecha el señor Marina, ciertamente que el Rey Sabio no consiguió el intento que se habia propuesto en la confirmacion de una nueva obra bajo de distinto método que la que principó su padre, y hay sobrado fundamento para creer que la segunda obra fue de condicion notablemente peor que la primera.

91 He dicho que si la pesadez y difusa estension de las leyes relativas á los Sacramentos fue la causa de que el Rey Sabio emprendiese una segunda obra distinta de la primera, ciertamente no consiguió su intento, porque en la nueva edicion de las partidas del Rey don Alonso, que ha dado á luz y publicado la Academia, las leyes concernientes á los Sacramentos estan escritas con tanta prolijidad que se habla en ellas de cosas tan menudas é impertinentes, que á mas de hacerse fastidiosa su lectura ocupan desde el folio 45 de la primera partida hasta el 192, que hacen setenta y tres hojas y media en folio; y aun-

que se rebaje de este número una tercera parte por copiarse dos veces algunas mismas leyes bajo de diversas palabras, restan todavia cuarenta y nueve hojas y media en folio, á que probablemente no llegarian las del setenario aun cuando se hubiera concluido el título perteneciente á los Sacramentos.

92 He indicado tambien que hay sobrado fundamento para creer que la segunda obra fue de condicion notablemente peor que la primera, lo que se ha de entender en la suposicion de que á esta solo le imputa el señor Marina la pesadez y prodigalidad en la estension de las leyes, pues en las de la segunda se encuentran sembrados varios errores capitales, asi en el dogma como en la moral evangélica.

93 Sirvan de ejemplo entre otras la ley 16 del título 4.º de la primera partida, de la edicion que nos ha dado la Academia como auténtica y original: en ella se dice esplicando el capítulo 1.º del Evangelio de san Juan que estas palabras: "*et Deus erat verbum*" pertenecen al Espíritu Santo, con lo que al Espíritu Santo le reputa por el Verbo ó el Hijo de Dios, y de dos personas divinas realmente distintas hace una. En la 31 afirma "que el Espíritu Santo salió de la honra del Padre y de la humanidad del Hijo," de que se sigue que Jesucristo en cuanto hombre fue principio ó causa de una persona divina. En la 21 sienta "que los Santos Padres establecieron los Sacramentos de la Santa Iglesia primeramente;" con lo que priva á Jesucristo de la singular prerogativa de ser único autor de ellos. Por último en la 62, por no detenerme mas en un punto tan desagradable, divide los pecados en veniales, criminales y mortales, y pasando á manifestar la diferencia que se halla entre estos tres géneros de pecados, establece por regla que el venial se comete con solo los pensamientos, el criminal cuando á los pensamientos se añaden ciertas diligencias y medios esternos con el fin de llevar á ejecucion lo pensado sin comunicarlo por la obra, y el mortal pretende que únicamente consista en la ejecucion y consumacion del pensamiento. Véase aqui en pocas palabras formado un sistema destructivo de la ley natural escrita y evangélica. Ciertamente que no se ha hecho acreedora la Academia á nuestra gratitud por haber desenterrado semejantes leyes del justo y profundo olvido en que yacian sepultadas. La Reina doña Isabel la católica en su codicilo otorgado en 23 de Noviembre del año 1504, ordenó que las leyes de partida estuviesen en su fuerza y vigor; y recelosa de si en ellas podria encontrarse alguna cosa que fuese contra razon ó justicia limitó su aprobacion al caso en que en ellas no hubiese alguna cosa contra la libertad eclesiástica ó la justicia y asi dice: "salvo si algunas se hallaren contra la libertad eclesiástica ó parezcan ser injustas." Si esta Soberana, no obstante de estar corregidas las leyes de partida por la enmienda que de ellas hizo el Rey don Alonso XI, sospechó que podria encontrarse alguna cosa digna de correccion en las mismas, y mandó que se hiciese, ¿qué habria dicho si en las referidas se hubieran encontrado los enormes y escandalosos errores que se hallan en la edicion que últimamente nos ha dado la Academia de la Historia, de que hablo con alguna estension en mi Disertacion histórico-crítica acerca de la referida edicion? Acaso habria dispuesto se quemasen, por el celo ardiente que tenia por la religion católica, para que se borrasen de la memoria de los hombres unos errores tan opuestos á la fe que profesaba, y tan contrarios á la moral cristiana.

94 Quedan ya disipadas y desvanecidas las sospechas y congeturas en que se funda el señor Marina para intentar persuadirnos que el libro setenario y el de las partidas era una misma obra. Este autor en la misma nota del citado número 292 critíca y censura al laborioso editor de las memorias para la vida de san Fernando, porque sin embargo de haber manejado, segun él dice, el código Toledano antiguo, en que se contiene el setenario; "asi habló de esta obra como suelen hablar de las distantes y remotas regiones los que jamás estuvieron en ellas." A la verdad no alcanzo el motivo que haya para tan desabrida y desdeñosa censura.

95 El laborioso editor de las memorias para la vida de san Fernando (segun lo llama el señor Marina) es don Manuel de Manuel, que en la parte segunda, página 217 de sus memorias, copia á la letra toda la introduccion que se encuentra á la cabeza del libro setenario, la que no contiene menos de cuatro hojas en folio.

96 Solo este hecho escluye de toda sospecha el dicho del editor de las memorias, y lo que aun es mas, lo prueba con evi-

dencia, porque no podia copiar la introduccion al libro setenario, que hasta ahora no se sabe se encuentre en otro códice que el Toledano antiguo ó primero, segun le llama la Academia, sin haberle manejado, y de donde ha sacado el mismo señor Marina los cortos trozos que nos copia en su Ensayo de la indicada introduccion.

97 Merece advertirse que el editor de las memorias no dice materialmente que manejó el códice de la santa Iglesia de Toledo, sino que lo que copia en elogio de san Fernando está sacado exactamente por él de dicho códice. Si habiendo copiado el señor Marina algunos cortos trozos ó cláusulas del espresado códice en la parte perteneciente á la introduccion, que es la primera, y díchonos "que la segunda abraza las mismas materias de la primera partida, pero no llega mas que hasta el sacrificio de la Misa, comenzando por un tratado sobre la Santa Trinidad y Fé católica, con cuyo motivo se trata de la idolatría y error de los gentiles, de la naturaleza de los astros que ellos adoraban, y de los signos del zodiaco, y que á continuacion iban las leyes relativas á los Sacramentos, muy pesadas y difusas." Con razon se tendria por agraviado de que se dudase habia manejado el enunciado códice Toledano. ¿Pues cómo no ha de tenerse por ofendida la memoria y buen nombre del editor de las memorias, que no solo copió algun trozo de la introduccion, sino toda ella, que no baja de cuatro hojas en folio, como se ha dicho, sino que descendió á formar juicio de toda la obra, pues hablando del nombre setenario dice que este título se lo dió el Rey don Alonso, "porque preciándose su autor de filósofo abrazó la idea de dividir en siete miembros ó partes todo cuanto iba tratando en periodos separados, lo que demuestra que el método pitagórico era algo del genio y gusto poco fino de este Rey?" Y continúa en estos términos: "Todo el tratado se reduce á esplicar ciertas partes filosóficas en general, otras en particular, y por último concluir con la esposicion de las que pueden pertenecer á un catecismo bastantemente curioso y ajustado á lo que conviene que supiesen los cristianos en aquella edad." ¿Cómo, repito, de haber copiado el autor de las memorias algunas hojas mas en folio que lo que copió el señor Marina, y de haber hecho una descripcion asi del carácter del Rey en la formacion de la obra, como de las partes de que esta se componia, no ha de darse por ofendida la memoria y buen nombre del editor de las memorias de que se dude manejó el códice que cita, y que se diga que asi habló de él como suelen hablar de las distantes y remotas regiones los que jamás estuvieron en ellas? Ciertamente que esta espresion fue mas bien efecto de una emulacion inconsiderada que de un entendimiento despejado.

98 Continúa el señor Marina alegando otras razones que le impelen á separarse de la opinion del P. Sarmiento, y quedan copiadas arriba, del número 308 de su Ensayo, y valiéndose de interrogaciones á guisa de triunfador pregunta: "¿Qué otro libro puede ser el que el Rey estando para morir dejaba á su heredero y succesor en la corona sino el libro mas escelente entre todos los que de su órden se publicaron?" Las partidas no se publicaron de órden del Rey Sabio, sino de don Alonso XI. Sea en buen hora el libro de las partidas el mas escelente que se publicó de orden del Rey don Alonso en razon de cuerpo legislativo; pero no por eso debe inferirse mereció la preferencia para que el Rey Sabio lo recomendase á sus sucesores, á causa de que en el setenario se contenia un largo elogio que hizo el Rey de las virtudes y bellas prendas que adornaron á su padre el Rey san Fernando, como lo reconoce el P. Burriel en su paleografía, y se lee en la introduccion copiada por el editor de las memorias, y esta apreciabilísima y estraordinaria circunstancia en un padre que desde el momento de su muerte fue apellidado santo, fue una justísima causa para que su hijo don Alonso diese la preferencia al libro setenario sobre las partidas, para recomendarlo á su sucesor y heredero en el reino, á fin sin duda de que conservando la memoria de su santo padre, pudiese imitar sus virtudes; y esta fue la razon que me reservé esponer arriba para darla en este lugar.

99 Prosigue el señor Marina sus interrogaciones, y dice, valiéndose del supuesto de la primer interrogacion de que el libro que el Rey estando para morir dejaba á su heredero y sucesor de la corona, no pudo ser otro que el "que con tanto encarecimiento le habia encargado su padre." Aqui habla el señor Marina; pero ni reflexiona, ni raciocina si el libro que con tanto encarecimiento encargó

san Fernando á su hijo don Alonso, fue el que principió el mismo santo, como espresamente lo asegura el Rey en la introduccion al setenario, y el libro de las partidas consta que lo principió el Rey Sabio. ¿Cómo ha de poder decirse del libro de las partidas que fue el que con tanto encarecimiento recomendó san Fernando á su hijo don Alonso? El libro comprensivo (continúa el señor Marina) de la constitucion política, civil y criminal del reino. ¿Y de dónde le consta al señor Marina que el libro setenario carecia de estas cualidades si no ha visto, ni quedado para poderse ver, sino un corto fragmento del principio de dicho libro? "El libro mas necesario (sigue el mismo autor) y mas propio de los Reyes, y en el cual se debia mirar, asi como en un espejo, para saber enmendar los sus yerros y los de los otros." ¿Cómo ha de poder decirse que el libro que con tanto encarecimiento recomendó el Rey san Fernando á su hijo fue el de las partidas? Si dicho libro no solo no estaba concluido, sino que todavia no se habia principiado, ¿se hace creible que un Rey santo, y de consiguiente juicioso y prudente, recomendase un libro que estaba por hacer, con preferencia al que él mismo habia ya comenzado? ¿Y de dónde constaba á san Fernando que el libro de las partidas, que existia únicamente en la imaginacion del Rey, habia de estar adornado de las escelentes cualidades que atribuye el señor Marina á la obra de las partidas? Todas estas cualidades debia tener el libro que principió san Fernando, y mandó continuar y concluir á su hijo, como espresa y literalmente se refiere en la introduccion del setenario por estas palabras: "Mandó el Rey don Fernando facer este libro que toviese él et los otro Reyes que despues de él viniesen por tesoro et por mayor et meyor conseyo... en que se viesen siempre como en espeyo para saber enmendar los sus yerros et los de los otros." ¿Por qué medio ó conducto ha llegado á saber el señor Marina que el libro setenario no contenia los preceptos y requisitos que el Rey don Fernando quiso que tuviese para ver como en un espejo, y saber enmendar sus yerros, y sus succesores los suyos?

100 Por último, y para complemento de la prueba de su opinion, nos dice el señor Marina: "Que un libro de tan poca estima, tan imperfecto y defectuoso como el fragmento llamado setenario, no parece que era un objeto digno de llamar la atencion del Monarca en momento tan serio como el de la muerte." Y por otra parte que los jurisconsultos de los siglos XIV y XV citaron repetidas veces el código Alfonsino, no solamente con el nombre de partidas, sino tambien con el de setenario.

101 Aqui vuelve el señor Marina á olvidarse de las reglas de una buena lógica, y supone un hecho que ni es cierto ni lo ha probado aun verosimilmente. Sienta que el fragmento del libro setenario es de poca estimacion, imperfecto y defectuoso, y de que infiere que no era un objeto digno de llamar la atencion del Monarca en un momento tan serio como el de la muerte; ó esta censura recae sobre el libro setenario, cual hoy le tenemos, ó cual era cuando el Rey don Alonso lo dejó á su heredero y sucesor en la corona; si la censura se dirige al primer estremo de la disyuntiva, convenimos y estamos conformes con el dictámen del señor Marina. ¿Y qué adelanta con esto en su intento? Nada en realidad. Si la censura la refiere al segundo estremo, como debe, para que el argumento sea eficaz y conducente, se le pregunta, ¿de dónde sabe que el libro setenario, concluido y completo en todas sus partes, cual existia al tiempo que lo dejó el Rey don Alonso á su heredero y sucesor en la corona, era de poca estimacion, imperfecto y defectuoso? Dicho libro no ha llegado á nosotros en su integridad, con que mal puede formarse juicio fundado de su imperfeccion ó utilidad, asi como no cabe formar un juicio recto de la obra de Ciceron, *de Republica*, porque ha perecido por la injuria de los tiempos.

102 No aprovecha decir que de los fragmentos que restan del setenario ha formado el señor Marina el juicio que ha hecho de él, porque estos fragmentos solo componen la mitad, cuando mas, de la primera parte de las siete de que se compuso la obra, y de esta solo nos dice el señor Marina que las leyes relativas á los Sacramentos eran muy pesadas y difusas, cuyas cualidades no son incompatibles con el mérito y utilidad de una obra literaria. Siempre son reparables estos paralogismos, pero se hacen mucho mas notables en un libro que lleva por título: Ensayo histórico-critico.

103 No es menos inútil y desatendible el argumento que hace el señor Marina con

los testimonios de los jurisconsultos de los siglos XIV y XV, que daban al código Alfonsino algunas veces el nombre de setenario, porque si el señor Marina., á quien debe hacerse la justicia de que hasta ahora es el que ha reconocido mas documentos de la antigüedad relativos á la historia de nuestra jurisprudencia nacional, le ha faltado el debido conocimiento para distinguir el código llamado setenario del de las siete partidas, no debe parecer estraño que algunos de los jurisconsultos de los siglos referidos, que seguramente carecerian de la copia de noticias que ha recogido y acumulado el señor Marina, no atinasen á distinguir estos dos cuerpos legales entre sí.

104 Hemos manifestado cuánto mas fundada y juiciosa es la inteligencia que el P. Sarmiento da á las palabras de la cláusula del testamento del Rey don Alonso "el libro que nos fecimos," refiriéndolas y aplicándolas al setenario, que la del señor Marina que pretende atribuirlas á la obra de las siete partidas.

105 Volviendo pues ahora al punto de donde partimos, y continuando la satisfaccion á los fundamentos que alega la Academia en apoyo de su opinion, corresponde hacernos cargo de cuál sea el sentido genuino y verdadero que se debe dar á las palabras referidas que se contienen en la cláusula testamentaria, prescindiendo de si el libro setenario es ó no distinto del de las siete partidas, sin perjuicio de lo que queda arriba manifestado en el asunto.

106 Entre las muchas y varias significaciones que tiene el verbo hacer, una de ellas es disponer que se haga alguna cosa, mayormente si se costean sus espensas; y asi se acostumbra á decir, fulano hizo una casa, una cerca, un jardin, sin que por esto se entienda que trabajó fisica y materialmente en la construccion de estas obras haciendo de arquitecto ó jardinero. En igual sentido y aun con mayor propiedad dicen de sí los Soberanos que hacen leyes, no solo porque disponen y ordenan su formacion, sino aun con mas razon porque las sancionan y mandan su observancia, obligando á sus súbditos á obedecerlas, cuya sancion las constituye y eleva á la clase de leyes, porque sin ellas serian unos meros consejos ó máximas que nadie tendria precision de seguirlas; y esto es en tanto grado cierto, que aunque los consejos sean máximas ú opiniones de sabios que existian con anterioridad, pueden los Soberanos sancionarlos y darles autoridad legal. De uno y otro tenemos ejemplos muy terminantes y concretos.

107 Sea el primero por su mayor antigüedad el que nos presenta la historia del derecho romano. Mandó el Emperador Justiniano formar las instituciones del derecho civil y su célebre código legislativo, y hablando de estas dos obras las llama suyas, no obstante que no las trabajó por sí, ni fueron produccion de su ingenio, sino que se valió de célebres jurisconsultos, que como bien instruidos en la jurisprudencia les dieron toda la perfeccion que en el dia admiramos, como lo espresa el mismo Justiniano, deteniéndose á referir los nombres de los sabios que se emplearon en tan dignas obras; y con todo nadie ha pretendido que Justiniano, apropiándose estas obras y teniéndolas por suyas, se atribuyese una gloria que no le correspondia. De la misma espresion se valió Justiniano cuando habiendo dado autoridad legal á las respuestas de los jurisconsultos, que antes solo se tenian como dichos y opiniones de sabios, las llama igualmente leyes suyas, dando por razon en la ley 1.ª, §. 6.º *de veteri jure*, y enucleando que era y hacia suyo todo aquello á que concedia y dispensaba su autoridad, ó se hacia en su nombre, de cuyo principo nos ha quedado la regla comunmente repetida en persona de los Soberanos; *omnia enim merito nostra facimus, quia ex nobis omnis eis impertietur autoritas*; que era y hacia suyo todo aquello á que concedian ó dispensaban su autoridad.

108 Imitando sin duda este ejemplo el Rey don Alonso XI, mandó y ordenó en la ley 1.ª, título 28 de su célebre ordenamiento, que formó en las cortes celebradas en Alcalá de Henares año de 1348, que se observe el ordenamientó que habia hecho en las mismas para los hijosdalgo; estas son sus palabras: "Otrosi tenemos por bien que sea guardado el ordenamiento que nos ahora fecimos en estas cortes para los hijosdalgo;" y á pesar de una espresion tan positiva y terminante por la que el Rey se atribuye la formacion del ordenamiento de los hijosdalgo, asegurando que lo habia hecho en dichas cortes, el mismo Rey confiesa en el prólogo que puso al referido ordenamiento de los hijosdalgo, que este se hallaba ya formado mas de dos siglos antes en las cortes de Nájera por don Alon-

so VII, el Emperador, y esto no obstante, el mismo Rey don Alonso XI nos asegura y espresa, no solo que hizo el ordenamiento de los hijosdalgo, sino que esto lo ejecutó en las cortes de Alcalá, y sin embargo á nadie le ha ocurrido hasta ahora sostener que dicho Rey don Alonso fue el que proyectó la obra del ordenamiento de los hijosdalgo, y el que la ejecutó por sí y á espensas de sus propios conocimientos, y mucho menos ha pasado por la imaginacion á ninguno de cuantos autores nacionales han hablado de la historia de nuestros códigos, desmentir el dicho y asercion del Rey, notándolo de impostor, de atribuirse una obra que ni era suya ni se habia dispuesto de su órden.

109 ¿Qué fundamento pudo, pues, tener el Rey don Alonso XI para afirmar, sin faltar á la verdad, que habia hecho el ordenamiento de los hijosdalgo en las cortes de Alcalá, constando con evidencia que este código se habia formado en las de Nájera por disposicion de don Alonso VII, el Emperador? Y por mas que se discurra y sutilice el ingenio, será forzoso reconocer que el Rey no tuvo otro fundamento que el de haber mandado enmendar y refundir en las cortes de Alcalá el ordenamiento que hizo en las de Nájera don Alonso VII.

110 Si por haber corregido y refundido una obra agena, afirma sin nota de falsedad el Rey don Alonso XI que la hizo y ejecutó, ¿con cuánta mas razon podia decir el Rey don Alonso el Sabio en su testamento que hizo el libro setenario ó de las siete partidas? Sin que de esto deba inferirse fue la mente del Rey dar á entender que dicho libro era produccion propia de su ingenio ó trabajo.

111 Auméntase á esto una espresion que se halla en la misma citada ley del ordenamiento de Alcalá, en que se dice, que el Rey don Alonso el Sabio mandó ordenar la obra de las siete partidas, lo que claramente da á entender que no fue su verdadero autor en el sentido que pretende la Academia, y seria ciertamente demasiada presuncion intentar persuadir que el Rey don Alonso XI, que vivió y floreció menos de medio siglo despues del Rey Sabio, hubiese referido con equivocacion un hecho que ahora pretende darnos por cierto la Academia despues de transcurridos cinco siglos. Sin recurrir á la cláusula testamentaria del Rey don Alonso el Sabio, por dos veces nos dice en el prólogo de las partidas que él las hizo, y que su padre se las mandó hacer.

112 No deberá parecer importuno advertir que el P. Burriel en su carta á don Juan de Amaya, número 72, asegura que estando el Rey don Alonso XI todavia en su menor edad, reformó el ordenamiento de Nájera, de que debe inferirse que esta reforma hubo de ejecutarse antes del año 1225, en que el Rey se declaró mayor, y tomó las riendas del gobierno de sus reinos, lo que en ningun modo es componible con lo que el mismo Rey nos dice en el prólogo del espresado ordenamiento, en que afirma haber ejecutado la enmienda y reforma del ordenamiento de Nájera en las cortes de Alcalá de Henares, celebradas en el año de 1348, veinte y tres años despues, por lo menos, de la época que señala el P. Burriel, quien seguramente, á la distancia de mas de cuatro siglos, no es de creer estuviese tan impuesto en un hecho ageno como el mismo que lo ejecutó.

113 Recordemos en este lugar la nota que trae el señor Marina al número 304 en su Ensayo, y copiamos arriba, donde rebatiendo el mismo error que ahora defiende la Academia, lo gradúa de paradoja, y manifiesta que cuando en algunas de las leyes de partida manda el Rey don Alonso que se juzgue por las de "este nuestro libro," no debe entenderse que las hubiese escrito y trabajado por sí mismo, sino que bastaba haber meditado y fomentado su formacion para que pueda con verdad llamarlas suyas, y cita en comprobacion los ejemplos de los códigos Teodosiano, el de Ariano y Visogodo, atribuidos á Teodosio, á Alarico, á Ervigio ó Egica, y el suyo á Justiniano, sin haberlos formado ni trabajado por sí, á que yo añado el ordenamiento de Alcalá formado de órden de don Alonso el XI, que solo en la ley que se inserta en la primera de Toro llama por seis veces libro suyo dicho ordenamiento, sin que á nadie le haya pasado por la imaginacion hacerlo autor del mismo, ni en la parte científica ni en la material.

114 Otro tanto sucedió á los Reyes católicos en la formacion de las leyes de Toro, por haberse ordenado por disposicion de los mismos, como se infiere de la pragmática de su publicacion, espedida por la Reina doña Juana. En la primera de las referidas leyes dicen los mismos Soberanos

que en el año de 1499 hicieron en la villa de Madrid ciertas leyes y ordenanzas, y mandaron su observancia, y en la 64 afirman que el año de 1502 hicieron en la misma villa de Madrid otras ordenanzas, una de las cuales mandan en la espresada ley que se guarde, cumpla y ejecute; constando pues por testimonio de los mismos Reyes católicos que hicieron las indicadas ordenanzas, no puede disputárseles el título de pertenencia para llamarlas suyas. En suma si todas las leyes que sancionan los Soberanos y se les atribuyen como propias se ha de suponer que son obras suyas, por lo menos en la parte científica, se hace indispensable reconocer que todos los Príncipes cuyas leyes vemos insertas en nuestra Recopilacion, han sido otros tantos jurisconsultos, de cuyo catálogo desde el Rey don Alonso XI hasta nuestros dias dudo haya alguno á quien deba privársele de esta cualidad.

115 Poco satisfecha ó desconfiada la Academia del argumento tomado de la cláusula del testamento del Rey Sabio, dice en corroboracion de su opinion que habiendo el mismo corregido las faltas de locucion en las traducciones que mandó hacer de diferentes libros astronómicos, no era de creer omitiese esta diligencia con una obra á que dió, como merecia, la mayor importancia. En comprobacion del hecho que sienta, copia la nota que se ha referido arriba, tomada del Marques de Mondejar, que dice la halló al fin de la traduccion del libro de las Armellas. Esta nota dice en sustancia que la traduccion del referido libro se ejecutó en el año décimocuarto del Rey don Alonso, que era el de 1294 de la Era de César, y posteriormente lo enderezó y mandó componer el Rey, y quitó las razones ó voces que estaban repetidas ó dobladas, y no eran de castellano puro, y sustituyó las que correspondian, y en cuanto al lenguage lo enderezó y corrigió el Rey por sí.

116 Admítase en buen hora, como pretende la Academia, que el Rey corrigiese por sí las faltas de locucion en las traducciones que mandó hacer de diferentes libros astronómicos. ¿Cual es la consecuencia inmediata y directa que se deduce de este antecedente? En buena lógica no puede ser otra sino la de que la obra de las partidas, cual hoy la tenemos, fue traduccion de otro idioma, y que dicha obra pertenecia á la ciencia astronómica. La primer parte de la ilacion destruye por los fundamentos el edificio que se intenta levantar, porque si las partidas fueron traduccion de otro idioma, es manifiestamente falso que fuesen obra original del Rey don Alonso. La segunda es absurda y enteramente arbitraria, y la razon es incontestable, porque ni las partidas pertenecen á la ciencia astronómica, ni de que uno corrija y enmiende las faltas de locucion en una ciencia se infiere que haga ó sea capaz de hacer lo mismo en otra diversa: cada ciencia ó facultad tiene sus voces propias ó técnicas, que por lo regular solo las entienden los que estan instruidos en ella. ¿Qué conexion ó semejanza guarda ó tiene la ciencia astronómica con la legal en sus voces técnicas, cuando la una corresponde á la física, y la otra al régimen político y gobernativo?

117 Si pues ni la obra de las partidas fue traduccion de otro idioma, ni pertenecia á la ciencia astronómica, ¿con qué fundamento pasa la Academia á afirmar é inferir "que quien corrigió las faltas de locucion en las traducciones que mandó hacer de diferentes libros astronómicos no es de creer omitiese esta diligencia con una obra á que dió, como merecia, la mayor importancia?"

118 Hasta aqui me he limitado á manifestar las irregulares ilaciones que ha sacado la Academia de la nota copiada por el Marques de Mondejar del libro de las Armellas, y ahora voy á hacer ver el poco mérito y aprecio que se debe hacer de ella. Dicha nota es anónima, por no espresarse su autor, y de época incierta, no señalándose el tiempo en que se formó; defectos muy considerables segun reglas legales y de crítica, á causa de que un papel anónimo no merece aprecio alguno en juicio ni fuera de él, segun las leyes, y la falta de fecha debilita notablemente lo que en la nota se afirma, por no poderse venir en conocimiento del tiempo que ha mediado desde que se ejecutó el hecho á que se refiere; y si la asercion de una persona conocida acerca de hechos muy distantes y de que no constan, ó por testigos presenciales, ó que por lo menos hubiese vivido en el mismo siglo, no merece ser creida, segun reglas de buena crítica, cuando faltan testimonios ó documentos comprobantes. ¿Con cuánta mas razon deberá ser tenido por sos-

pechoso el relato de dicha nota, cuyo autor se ignora, y no consta el tiempo en que se estendió?

119 No paran en esto los defectos que hacen sospechosa la nota: se descubre en ella un vicio aun mas capital: nos asegura su autor que la traduccion del libro de las Armellas se ejecutó en el año catorceno del reinado de don Alonso el Sabio, que dice equivale á la Era de 1294, lo que envuelve un manifiesto error; y para ponerlo en claro reduciré las dos épocas que espresa la nota del año catorceno del reinado de don Alonso, y la de la Era de César 1294.

120 El Rey don Alonso subió al trono de su padre á mediados del año de 1252 del nacimiento de Nuestro Señor, á cuya suma aumentando catorce, resulta que el año catorceno de su reinado transcurrió desde mediado el año de 1267 hasta igual época del siguiente 68 del nacimiento del Señor. La Era de César todos saben que escede en treinta y ocho años á la del nacimiento, con que aumentándose á esta treinta y ocho años, resulta que el año que correspondia por la Era de César al del nacimiento de 1267, catorceno del reinado de don Alonso, era á lo menos el de 1305, y medio del siguiente; es asi que la nota dice que en el catorceno año del reinado de don Alonso andaba la Era de César de 1294, con que se equivocó en diez años, ó cuando menos en nueve, el autor de la nota en el cómputo que formó.

121 Si se hace incontestable que el autor de la nota no acertó á distinguir, antes bien confundió unos cómputos tan sabidos de los años del nacimiento y los de la Era de César incurriendo en una equivocacion tan vergonzosa, ¿qué mérito deberá hacerse de las demas particularidades que en ella nos refiere, sin otro apoyo que su autoridad y palabra? Se hace reparable se escapase á la perspicacia y juiciosa crítica del Marques de Mondejar el error que se ha indicado, y sin duda el gozo del hallazgo de la nota no le permitió reflexionar sobre su contenido, y la Academia, fiada en la autoridad del Marques, la ha referido sin examinarla.

122 Todavia ofrece la nota otro defecto que disminuye el mérito de su autor: "dice que el Rey tolló las razones:::: que no eran en castellano derecho, é puso las otras que entendió que cumplian;" y á continuacion añade: "et cuanto al lenguage lo enderezó por sí." Si antes habia dicho que el Rey quitó las razones que no eran en castellano derecho, y puso el que convenia, era bien escusada, importuna y fastidiosa la repeticion con que vuelve á decir que cuanto al lenguage lo enderezó por sí.

123 Aun cuando se conceda que el Rey corrigió la traduccion que se habia hecho del libro de las Armellas, que es lo mismo que de los círculos ó figuras de las estrellas fijas, segun lo dice el traductor en su prólogo, y lo refiere el Marques de Mondejar en el cap. 8.º, lib. 8.º de sus memorias, cuya ciencia astronómica era la predilecta del Rey, y la que lo habia dado á conocer en todo el mundo, como lo afirma el mismo en el libro de las Querellas por estas palabras: "El que acatado en lejanas naciones fue por sus tablas é por su cochilla." ¿Es este acaso bastante fundamento para intentar persuadir que tomó el Rey tambien á su cargo el largo y penoso trabajo de corregir las faltas de locucion en la obra de las partidas, no solo voluminosa, sino árida y seca por su materia? A mas de que semejante correccion no llena el concepto de la Academia, indicado al fol. 16 de su prólogo en estos términos: "Suyo es á nuestro modo de entender el plan, y suya la coordinacion y estension uniforme de las leyes, porque examinándolas con cuidado no puede dudarse que todas salieron de una misma pluma, así como el órden convence de que uno fue el que trazó, dispuso y dirigió la obra, y este parece, fuera de toda controversia, haber sido el Rey don Alonso." ¿Corregir las faltas de locucion en una obra puede decirse que es formar el plan, coordinacion y estension de la misma?

124 No es menos voluntaria, y aun puede graduarse de arrojada y temeraria, la proposicion que sienta la Academia al folio 17 de su prólogo, concebido en estos términos: "En fin, en tiempo del Rey don Alonso X no se conoce otro que pudiera escribir las partidas como estan escritas." Si hubiera notado la Academia, como juiciosamente lo ha observado el señor Marina al número 313 de su ensayo, que las mas de las leyes de que formó su suma el maestro Jacobo quiso el Rey que se trasladasen al nuevo código de las partidas, como se muestra por la conformidad de las de aquella suma con las de la tercera partida, donde

se hallan ó á la letra ó sustancialmente, se hubiera ciertamente abstenido de fundar una presuncion tan contraria á la verdad de los hechos, sin otro apoyo que su libre dicho, que equivale á decir que debe ser creida porque ella lo dice. ¡Bello modo de probar por cierto hechos de una remota antigüedad!

125 En comprobacion de las razones que he referido arriba del señor Marina, con que rebate la opinion de la Academia, de que el Rey don Alonso fue el que formó el plan, la coordinacion y estension uniforme de las leyes de partida, voy yo á proponer otro argumento, á mi parecer no menos eficaz, que hace ver la poca aptitud é insuficiencia y falta de instruccion que tenia el Rey don Alonso en la ciencia legal, para ejecutar por sí la grande obra de las leyes de partida, deducida del prólogo que puso dicho Jacobo el de las leyes, el que segun el señor Marina al fol. 203 de su Ensayo, incontestablemente fue ayo del Infante don Alonso, á la suma de leyes que formó, con el objeto de que el Infante tuviese alguna instruccion para entender y resolver los pleitos segun los principios legales; las palabras del prólogo son las siguientes: "Sennor, yo pensé en las palabras que me dixiesteis que vos placeria que escogiese algunas flores de derecho brevemientre por que pudiesedes haber alguna carrera ordenada para entender ó para delibrar estos pleitos segun las leyes de los sabios &c." Si el Infante don Alonso antes de ser Rey estaba tan escaso de luces é instruccion en materia de jurisprudencia que se vió precisado á encargar á su ayo le formase una suma breve de leyes ó flores del derecho, para resolver segun principio de jurisprudencia los pleitos que viniesen á su persona, ¿se hará creible que este mismo Infante á los cuatro años de haber ascendido al trono de su padre, y recibido en sí el enorme peso del gobierno de una de las mas estensas y dilatadas monarquías que acaso entonces se reconocian en la Europa, hubiese tenido tiempo para aplicarse al estudio de la jurisprudencia con tanto esmero, solicitud y aprovechamiento, que en tan corto tiempo hubiese conseguido hacerse no solo sabio, sino un consumado jurisconsulto, cual era necesario lo fuese para formar por sí el plan, coordinacion y estension uniforme de las leyes de un código que es un dechado de jurisprudencia canónica y civil?

126 A ser esto cierto podria este Soberano haber dicho, acaso con mas razon que Ciceron en su oracion por Murena, "*si mihi homini vehementer occupato stomachum moveritis triduo, me jurisconsultum esse profitebor.*"

127 Insistiendo la Academia en su pretendida semejanza, copia á la letra la carta que refiere el Marques de Mondejar en el lib. 6.º, cap. 14 de sus memorias escribió el Rey Sabio á don Alonso Perez de Guzman para que se interesase con el Rey de Fez, á fin de que le tomase en empeño una corona que le remitia con intento de socorrer su necesidad en la desgraciada situacion en que se hallaba, y con referencia á dicha carta, afirma la Academia "que el mismo que sin duda escribió esta inimitable carta, el mismo y no otro fue el que ordenó el código de las partidas." Y al mismo tiempo alega la uniformidad ó semejanza de estilo entre las partidas y la Historia general de España, de la cual asegura ha demostrado el Marques de Mondejar que fue obra propia del Rey don Alonso, y no ejecutada por su disposicion, y ultimamente concluye "que los que han promovido dudas sobre si las partidas eran del Rey Sabio, no han nombrado nunca otro á quien poder atribuirlas."

128 Sea en buen hora la carta que se copia propia del Rey don Alonso, este hecho no presenta suficiente fundamento para inferir y asegurar la identidad de estilos entre una breve y sucinta carta, y la voluminosa obra de las partidas, sin que por esto se intente negar al Rey Sabio la suficiencia y aptitud para haber dictado por sí la indicada carta sin el auxilio de sus secretarios. Si el estilo epistolar varía entre sí segun la persona á quien se escribe y el asunto de que se trata, como sucede en las familiares, científicas ó eruditas, patéticas, comendaticias &c., ¿qué semejanza podra tener una carta patética, cual es la que escribió el Rey don Alonso á don Alonso Perez de Guzman, con la obra científica de las partidas, dirigida á instruir y enseñar, y de consiguiente escrita en estilo didascálico?

129 Otro tanto debe decirse de la semejanza que pretende hallar la Academia entre la Historia general de España y el código de las partidas: haya sido don Alonso el que escribió la Historia general de España, como prueba el Marques de Mondejar en los capítulos 15 y 16 del lib. 7.º

de sus memorias, sin valerse de la conformidad ó identidad de estilo con otras obras del mismo Rey; ¿y de esto qué prueba resulta para acreditar la precision de que el estilo sea tan uno en la Historia general y las partidas, que no puedan ser sino de un mismo autor? Ninguna, sino el parecer de la misma Academia, queriendo por este modo de discurrir que su parecer sea la prueba de lo que intenta probar, cuando la lógica enseña que la prueba de una proposicion ha de ser mas perceptible que lo que se ha sentado en ella, pues de lo contrario no seria prueba, sino repeticion de lo que ya se ha dicho.

130 La identidad ó conformidad de estilo es una congetura muy débil, falible y espuesta á equivocacion, aun mas que la semejanza de la letra, de lo cual, tratando la ley 118 del título 18 de la partida 3.ª, dice que la letra varía por edad, tinta y pluma de que se usa, por lo que no se tiene por concluyente semejante prueba, y deja al arbitrio del juez la decision.

131 Omito lo que dicen los sabios en punto al estilo histórico, que el sublime y mas elevado es el propio de la diccion histórica, y aun quieren que se acerque tanto á la poesía, cuanto la prosa se puede acercar al verso sin pasar los límites que distinguen sus términos; y segun el parecer de un sabio y culto escritor la diccion histórica debe ser una poesía de canto llano y sin música: cotéjense estas cualidades de estilo histórico con el didascálico, que es el de la obra de las partidas, y se concluirá que en vano se procura hallar entre dichas obras la semejanza de estilo que supone precisa la Academia.

132 En la nota que se citó arriba del número 304 del Ensayo del señor Marina, afirma este autor que se encuentra notable variedad de estilo en las partes principales de la obra de las partidas, y aun contradiccion en las opiniones, ideas y resoluciones legales: de que infiere que no fue uno solo, sino muchos, los que intervinieron en la formacion de este código; y de consiguiente se desvanece y destruye la congetura de la Academia, pues no siendo uniforme el estilo de las partes principales de las partidas entre sí, mal podria hallarse la unidad de estilo que pretende la Academia entre la Historia general y aquellas. Este juicio del señor Marina debe presumirse tanto mas exacto y fundado, cuanto consta ha sido el que mas se ha ejercitado en el cotejo de los varios códices que se han tenidos presentes para la nueva edicion que ha publicado la Academia del código de las partidas, segun se colige de la advertencia que hace al principio de su Ensayo.

133 Todavia convence mas la variedad de estilos en la obra el hecho que atestigua el señor Marina en el número 313 de su Ensayo, y que fácilmente se puede comprobar, donde hablando de la suma de las leyes que escribió el maestro Jacobo de órden del Rey Sabio, afirma "que dicha suma fue tan estimada y respetada, que el mismo Rey quiso se trasladasen las mas de aquellas leyes al nuevo código de las partidas, donde se hallan ó á la letra ó sustancialmente;" de que se convence ó que el maestro Jacobo usaba el mismo estilo que el Rey Sabio, ó que este no fue el único autor de la obra de las partidas, con lo que igualmente se desvanece y derroca aquella proposicion tan general y absoluta que con sobrada satisfaccion sienta la Academia al fol. 17 de su prólogo, concebida en estos términos: "En fin, en tiempo del Rey don Alonso el X no se conoce otro que pudiera escribir las partidas como estan escritas."

134 No tiene razon la Academia para asegurar que los que han promovido dudas sobre si eran del Rey Sabio las partidas no han nombrado nunca otro á quien poder atribuirlas; pues el señor Marina desde el número 301 de su Ensayo refiere las opiniones de algunos escritores que espresan los nombres de varios sugetos, que pudieron tener parte en la compilacion de las partidas, y en especial hacen mencion del Maestre Jacobo, llamado vulgarmente, de las leyes, del Maestre Fernandez Martinez y del Maestre Roldan; y aunque no hay prueba que asegure este hecho, debiendo usar de probabilidades, afirma el mismo que valiéndose de este género de argumento puede asentar, que por lo menos intervinieron en la redaccion de dicho código Alfonsino los tres doctores referidos; lo que persuade se engaña manifiestamente la Academia cuando afirma "que los que han promovido dudas sobre si eran del Rey Sabio las partidas, no han nombrado nunca otro á quien poder atribuirlas."

135 Por no dejar de hacerme cargo de cuanto ha escogitado la Academia en apoyo de su intento, hablaré por último del indicio que funda de hallarse las letras

del nombre de don Alfonso por su órden en las iniciales de los siete proemios de las partidas, de que infiere que fue el Rey Sabio quien usó de este juego y artificio propio de su genio, ocupándose en estender aquellas leyes. Si por aquellas leyes entiende las proemiales, como parece debe ser para que sea legítima la consecuencia, nada adelanta su propósito, porque hay una distancia inmensa entre formar siete leyes, ó mas bien siete palabras iniciales de las mismas, que componer una obra científica y difusa.

136 Concédase, como quiere la Academia, que este juego y artificio fuese propio del genio del Rey Sabio: ¿será este fundamento suficiente para atribuirle la grande obra de las partidas? El que las siete letras de que se compone el nombre de Alfonso se hallen distribuidas por su órden en cada uno de los siete proemios de que se compone la obra, ¿presenta acaso un título mas relevante de propiedad y pertenencia para designar el autor que la compuso, que la diccion entera del propio nombre que se halla á la cabeza de la obra?

137 Si las letras que componen el nombre de Alfonso, distribuidas en las iniciales de los proemios, tienen la virtud y eficacia de hacer la obra del autor que lleva aquel nombre, con cuánta mas razon deberia atribuirse igual virtud y eficacia á las letras del mismo nombre unidas en diccion, que se hallan en el rotulo de las partidas, donde se dice de ellas que son del Rey don Alfonso, siendo bien sabido que la partícula *de* es de genitivo de posesion, que denota la propiedad ó pertenencia de la cosa á que se refiere, y no obstante esto, la Academia no se ha valido de este indicio, y sí del que propone, sin duda porque ha creido que son mas espresivas de la propiedad las letras del nombre de Alfonso separadas que unidas en diccion.

138 Todavia ofrece el prólogo de las partidas un testimonio que puede contribuir mucho, á mi parecer, á corroborar la opinion del señor Marina. No puede dudarse que dicho prólogo lo formó por sí el Rey Sabio, así por los varios cómputos que en él hace de varias épocas cronológicas, que era su ciencia favorita, como por descubrirnos en él el designio que habia formado su padre san Fernando de hacer el código de las partidas, y por no haber tenido tiempo para emprender ni concluir la obra le habia encargado al mismo que la ejecutase; cuyo encargo seria verbal de padre á hijo, y lo ignoraríamos si este no lo hubiera manifestado.

139 Supuestos estos indicios de que el Rey Sabio compuso y arregló el prólogo de la obra de las partidas, conviene notar que hablando en dicho prólogo de la escelencia del número setenario, entre otros ejemplos que propone de varias cosas que se comprenden en el espresado número, refiere el de los siete Sacramentos de la Ley de gracia, y afirma espresa y terminantemente que nuestro Señor Jesucristo fue el autor de ellos: estas son sus palabras: "Por este mismo cuento nos dió nuestro Señor Jesucristo siete Sacramentos por que nos pudiésemos salvar;" pero á pesar de una asercion tan clara y paladina de que nuestro Señor Jesucristo habia instituido los santos Sacramentos, en la ley 21, tít. 4.º de la parte 1.ª del texto de la edicion de la Academia, que segun esta se halla conforme con el primitivo del Rey Sabio, se nos dice que los Santos Padres fueron los autores de los Sacramentos: estas son sus palabras: "Que los Santos Padres establecieron los Sacramentos de la Santa Iglesia primeramente."

140 ¿Se hará creible que dos proposiciones tan diametralmente contrarias saliesen de una misma pluma? ¿Será creible, vuelvo á repetir, que si el Rey Sabio hubiera sido el que formó el plan, la coordinacion y estension uniforme de las leyes de las partidas, como quiere la Academia, hubiese incurrido en una contradiccion tan absurda, escandalosa é inaudita? Ningun hombre de juicio se lo podrá persuadir, y como quiera, no podrá dudarse que habiéndose escrito el prólogo despues de concluida la obra, el Rey Sabio estaba mas instruido en la Fé y doctrina de la Iglesia que cuando la trabajó.

141 Admira el empeño que ha formado la Academia en hacer al Rey Sabio en sentido propio y rigoroso autor de las partidas, no teniendo por bastante la gloria y galardon que le resulta de haber dispuesto y promovido tan célebre obra; siendo tanto mas de estrañar este empeño, cuanto no se encuentra en las memorias antiguas de su tiempo, ni en otras posteriores, el mas mínimo vestigio de que este Príncipe hubiese dedicado sus tareas al estudio de la jurisprudencia. Su Crónica y las apreciables memorias históricas del Rey don Alon-

so, que escribió el diligente Marques de Mondejar, y se han publicado en nuestros dias, donde con esquisito esmero ha reunido cuanto ha encontrado en los monumentos antiguos, pertenecientes á dicho Príncipe y que puedan ilustrar su historia, sin omitir los concernientes á sus hermanos, de algunos de los cuales nos asegura que pasaron á estudiar á la Universidad de París, guardan un profundo silencio en este punto; y por el contrario nos presentan hechos muy decisivos y terminantes para persuadirnos que don Alonso ni antes ni despues de haber ascendido al trono de su padre pudo tener el tiempo preciso é indispensable para imbuirse en los principios y doctrinas de la ciencia legal, y mucho menos para adquirirse la reputacion de un célebre jurisconsulto, cual era necesario lo fuese el autor de la famosa obra de las partidas, que encierra y comprende mucha parte del derecho español y del canónico, y casi todo el civil de los romanos, como arriba dejo ya indicado.

142 A los diez y siete años de edad, y en vida de su padre, ya salió á medir sus fuerzas con los enemigos de la Fé y del Estado, é hizo la considerable conquista del reino de Murcia; y por su rebelion volvió segunda vez á conquistarlo, adquiriendo algunos pueblos de nuevo, y sucesivamente continuó en el mismo ejercicio de las armas hasta la muerte de su santo padre, acaecida á los cinco meses del año 1252, en cuya época se hallaba el Príncipe don Alonso en la floreciente edad de treinta y un años.

143 Cuatro años despues, esto es, á mediados del año de 57, se dió principio á la obra de las partidas, segun se espresa en su prólogo, la que tardó en concluirse siete años cumplidos, que corresponde al año de 63 y seis meses mas. En este periodo ó espacio de tiempo, á saber, el año de 1258, se emprendió la memorable y famosa obra de las tablas Alfonsinas, para cuya formacion reunió el Rey en Toledo en el Alcazar de Galiana mas de cincuenta astrónomos de los mas sobresalientes que se conocian en España y en paises estrangeros, los que se ocuparon en este trabajo por espacio de cuatro años, como mas por menor lo refiere el Marques de Mondejar en el lib. 7.º, cap. 16 de sus memorias, donde espresa hasta la particularidad del que presidia esta junta ó congreso cuando el Rey estaba ausente; y por este cómputo se deduce que las tablas Alfonsinas se concluyeron á fin del año de 61, dos años y medio antes de finalizarse la obra de las partidas.

144 La formacion de estas dos obras por un solo hombre en el estado de perfeccion que salieron, requeria una suma, incesante y dilatada aplicacion á las ciencias respectivas desde sus mas tiernos años hasta una edad mas que septuagenaria, sin distraerse á ningun otro objeto que pudiese ocupar su atencion.

145 No aprovecha decir que las tablas Alfonsinas no se atribuyen al Rey Sabio en el rigoroso sentido de haber sido autor de ellas, sino por haber dispuesto su formacion, y gratificado con real munificencia á los que trabajaron en ellas; porque el mismo Rey en los dos últimos versos de la segunda octava del libro de sus querellas, hablando de sí nos dice: "El que acatado en lejanas regiones fue por sus tablas é por su cochilla:" lo cual da á entender que las tablas fueron obra propia suya, cuando se atribuye la gloria que de ellas le resultó; y si esta espresion no era bastante para hacerle autor de su formacion, con igual y mayor motivo no deberia atribuirse á la cláusula y espresion de su testamento el sentido que se le ha intentado dar. Dije con igual y mayor motivo, porque desde su tiempo y en toda la posteridad ha conservado el Rey don Alonso el concepto de un grande astrónomo, lo que dió motivo á que el Rey don Pedro IV de Aragon le imputase la atroz blasfemia que tan sábiamente desvanece, entre otros de nuestros historiadores, el Marques de Mondejar en su apéndice á las observaciones de la Crónica del Rey don Alonso el Sabio, sin que hasta ahora haya habido alguno que lo reputase por jurisconsulto, y mucho menos por sobresaliente en esta facultad.

146 Agregábase á esto el cuidado y atencion que exigia y era indispensable al gobierno de su reino, que era el mayor ó de los mayores que entonces se reconocian, ocupado en continuas guerras, ya con los infieles, ya con los Príncipes cristianos; á lo que se aumentó la estraordinaria circunstancia de haber recaido en el Rey don Alonso la eleccion de Emperador de Alemania en el año 57, cuya ocurrencia agitó estraordinariamente el ánimo del Rey por mas de diez y seis años. Un

cúmulo de negocios de tanta consideracion é importancia hace no solo verosimil, sino necesario, que al Rey don Alonso le faltase tiempo, gusto y la serenidad de ánimo que se requiere para principiar, continuar con teson, y concluir felizmente una obra tan dificil por su asunto y voluminosa por su estension.

147 Supóngase al Rey Sabio un consumado jurisconsulto á los treinta y un años de edad, en que subió á ocupar el trono de su padre: ¿será esto bastante para suponer tambien que en el corto espacio de siete años, sin hablar de las tablas astronómicas que se formaron al mismo tiempo, pudiese darnos frutos tan copiosos y sazonados de una ciencia, que en el discurso de su vida no se encuentra el menor vestigio de que la hubiese estudiado ni aprendido? Por último, en comprobacion de esta verdad, no debo pasar en silencio el dictámen y opinion de don Antonio Fernandez Prieto en su Historia del derecho real de España, lib. 3.º, cap. 16, donde despues de haber referido lo que ejecutó el grande Alejandro con la historia de sus hechos que le presentó Aristóbulo, la que reconocida con cuidado, al ver que le adulaba en ella la arrojó al rio Hydaspe, y vuelto al historiador le dijo: que era digno de que hiciera con él otro tanto, porque falsamente decia que de un flechazo habia muerto Alejandro un elefante. Infiere el autor que no sabe lo que ejecutára don Alonso el Sabio con aquellos que han querido hacerle autor de las partidas; porque dudo (continúa Sotelo) si fuera mas posible matar con una flecha un elefante, que un hombre por sí solo componer los laboriosos libros de ellas. Con razon, pues, el señor Marina en el número 304 de su Ensayo crítico, nota 3.ª, gradúa de paradoja la opinion que hace al Rey Sabio autor de las partidas.

148 Hemos visto el poco ó ningun fundamento con que ha pretendido la Academia hacer autor de las partidas al Rey Sabio: veamos ahora si ha sido mas segura y fundada su opinion acerca del señalamiento del dia en que fija la conclusion de la obra de las partidas.

149 Dice al fol. 27 del prólogo lo siguiente: "Acabose este código, partiendo de aquel principio (esto es, que la exaltacion del Rey don Alonso al trono de su padre tuvo lugar ó se verificó pasados ya ciento cincuenta y dos dias del año de 1252), despues de siete años cumplidos, como allí mismo espresa.... No quedó, pues, concluido hasta el dia 23 de Junio de 1263", y para contera de tan decidida proposicion añade lo que sigue: "Esta es una cosa tan positiva, que no hay verdad ninguna histórica que tenga mayor certeza." Por las palabras referidas se echa de ver que la Academia determina y fija la conclusion del libro de las partidas en el dia 23 de Junio de 1263; pero como el Rey solo se limita á decirnos en su prólogo "que el libro fue acabado desde que fue comenzado á siete años cumplidos," y consta del mismo prólogo que se principió el 23 de Junio del año 1252, se desearia saber si la Academia habia encontrado algun documento de aquel tiempo que asegurase ó de que pudiese inferirse que el libro se concluyó el dia preciso en que se cumplian los siete años; pues de lo contrario su asercion es manifiestamente arbitraria, siendo una verdad sabida de todos, é ignorada de ninguno, que no es lo mismo finalizarse una obra despues de un periodo señalado de tiempo, que acabarse en el dia preciso que se completa aquel periodo; por lo que quedaria á cubierto de toda imputacion de falsedad el hecho que nos asegura el Rey en su prólogo, de haber concluido el libro desde que fue comenzado á siete años cumplidos, aunque hubiesen transcurrido no solo algunos dias mas, sino tambien algunos meses; pues esto no falsifica la verdad de la proposicion del Rey, que únicamente asegura no se gastaron menos de siete años en la conclusion del libro; cuya verdad tan compatible es con el hecho de que hubieran pasado muchos dias mas, como si se hubiese concluido el libro en el dia preciso en que se completaban.

150 Aun cuando fuera cierto que el libro se concluyó el dia preciso en que se completaban siete años, el cálculo de la Academia estaba mal formado. Es constante que se dió principio al libro en el dia 23 de Junio del año de 56, y asi los siete años no se completaban, como quiere la Academia, el dia 23 de Junio del año de 63, sino el 22 del mismo mes; y la razon es tan clara como concluyente: del Junio del año de 56 se emplearon ocho dias en la formacion del libro, con que solo faltaban para completar el mes veinte y dos dias, que debian tomarse del Junio de 63, y de consiguiente no se completaron los siete años el dia 23 de Junio de dicho año,

sino el 22, porque de lo contrario se seguiria que el mes de Junio tendria dos dias 23, lo que es un error manifiesto.

151 Mas claro: el año comun y regular principia el primero de Enero, y se finaliza, no el dia primero de Enero del año siguiente, sino el último de Diciembre del año en que principió, pues de otro modo se seguiria el absurdo de que un año incluyese dos dias primeros de Enero: luego si el libro se principió en 23 de Junio de 56, el dia preciso en que se completaron los siete años no fue el 23 de Junio del año de 63, sino el 22.

152 Se hace muy reparable que habiendo descubierto la Academia por primera vez un documento concerniente al dia preciso en que se concluyó el libro de las partidas, no haya hecho uso de él, y valídose de una congetura tan arbitraria como se ha visto, y de un cómputo equivocado.

153 Entre los varios códices que ha tenido presentes la Academia para la nueva edicion de las partidas, ha sido uno el Escurialense primero, escrito en 25 de Mayo de la Era 1368, que equivale al año de 1330, en el que se encuentra un prólogo á las leyes de partida, que copia la Academia, y coteja con el prólogo comun que tienen las ediciones que se han hecho de esta obra. A la cabeza del prólogo del códice Escurialense se halla el siguiente epígrafe: "Este es el prólogo del libro del fuero de las leyes que fizo el noble don Alonso, Rey de Castiella &c., et comenzólo el cuarto anno que regnó en el mes de Junio en la vigilia de san Juan Baptista, que fue en era de 1294 años, et acabólo en el treceno que regnó, en el mes de Agosto en la víspera de ese mismo san Juan Baptista, cuando fue martirizado, en la era de 1303 años (que corresponde al año de 1265)." Hasta aqui el epígrafe. Por él se manifiesta en primer lugar que el libro de las partidas se concluyó en la víspera del martirio de san Juan Bautista, que es el dia 29 de Agosto; y en segundo, que no fueron precisamente siete años los que se gastaron en formarlo, sino que se emplearon dos años mas, esto es, hasta el año décimotercio del reinado de don Alonso, que corresponde al de 1265 de la Natividad.

154 A mas de este códice traen el mismo epígrafe el segundo Escurialense, y segundo de la Biblioteca Real; pero me he valido del Escurialense primero, por ser de fecha mas inmediata al reinado de don Alonso, pues habiéndose escrito á 25 de Mayo de 1330, solo distaba sesenta y siete años del de 1263, en que se cree concluido el libro de las partidas, época bastante corta y reciente para que no se pudiera equivocar este hecho.

155 Supuesta la noticia que nos da el epígrafe, no debe culparse de poco exacto al doctor Montalvo, como lo hace el doctor Espinosa en su libro sobre el derecho, donde dice: "Debe reprobarse la glosa de Montalvo á la ley 1.ª, tít. 28 del ordenamiento de Alcalá, en cuanto afirma que tardaron diez años en componerse las leyes de las partidas, respecto de que solo fueron siete cumplidos, como consta del fin del prólogo de ellas;" sobre cuya esposicion dice el señor Marina en la nota 2.ª del número 303 de su Ensayo "esto prueba, no el error de Montalvo, sino que Espinosa no habia manejado tantos códices como aquel docto jurisconsulto.

156 Aunque hasta ahora no consta el lugar donde se trabajó el libro de las partidas, y don Rafael Floranes pretende que fue en la nobilísima ciudad de Sevilla por las razones que alega y copia el señor Marina en la nota 1.ª del número 318 de su Ensayo, que á la verdad no dejan de ser harto verosimiles, merece se tenga presente acerca de este punto un documento que refiere don Francisco Cascales en el discurso 14, cap. 3.º de su historia de la ciudad de Murcia, y es de una cédula del Rey don Felipe II, dada en el Pardo á 10 de Julio de 1578, y dirigida al corregidor de la ciudad de Murcia ó su lugar teniente, en que le dice "que habiendo sido informado que el señor Rey don Alonso, que siendo Infante ganó aquel reino de los moros, mandó despues, siendo Rey, juntar en aquella ciudad diversos fueros, privilegios, bulas y escrituras, que estan en el archivo de dicha ciudad y en el de la Iglesia, para ordenar las partidas, como se ha visto, y porque á su servicio conviene saber y entender qué fueros, privilegios, bulas, escrituras y otros papeles son estos, le manda que vea y reconozca dichos archivos, y qué autoridad tienen los espresados documentos, y forme inventario de ellos por ante escribano, y que envie una relacion clara y distinta de todo lo demas que de acerca de ello le pareciere convenia saber á S. M., y ser infor-

mado, dirigiéndolo á poder de Martin Gaztehí, secretario de S. M.

157 Sin embargo de que no consta las diligencias que se practicaron en virtud de esta real cédula, y lo que de ellas resultó, no obstante es de presumir que al Rey se le comunicaria esta noticia por alguno de los muchos sabios que florecian en aquel tiempo; de consiguiente es de creer no faltarian fundamentos para tenerla por cierta; pero como quiera que este hecho no aproveche para descubrir la verdad en este punto, sirve á lo menos para ilustrarlo, cuya razon era mas que suficiente para que no lo hubieran pasado en silencio los que han tratado del asunto.

158 Discutidas ya las dudas que se han suscitado acerca del tiempo en que se dió principio al libro de las partidas, de órden de quién, y quién fue el que se ocupó en su formacion, cuándo y en qué lugar se concluyó, resta ahora examinar el punto principal, á saber, quién fue el Soberano que primeramente lo publicó, y le dió sancion legal para que sus disposiciones se observasen en los tribunales, y en qué tiempo se verificó dicha sancion ó publicacion.

159 Admira, á la verdad, que haya podido suscitarse la menor duda sobre este punto despues que el Rey don Alonso el XI, tratando de establecer la autoridad que debia darse á los diversos cuerpos legales que habia en su tiempo, y de fijar el órden y preferencia que debian observar entre sí para la decision de los pleitos, dispuso en la ley 1.ª del tít. 28 de su ordemiento real, publicado en las cortes de Alcalá de Henares de 1348, "que los pleitos é contiendas que se non se pudieren librar por las leyes de este nuestro libro, é por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes contenidas en los libros de las siete partidas, que el Rey don Alonso nuestro visabuelo lo mandó ordenar, como quier que fasta aqui no se falla que sean publicadas por mandado del Rey, ni fueron habidas por leyes:" hasta aqui la ley; pero lo cierto es que sin embargo de unas palabras tan claras y terminantes con que manifiesta el Rey su decidida voluntad de que el libro de las siete partidas se tenga por publicado, y se observen sus leyes, guardando el órden que le señala para la decision de las causas, no solo se han suscitado dudas sobre este hecho histórico, sino que los que las han promovido son del número de los mas cultos y eruditos de nuestros anticuarios, como se manifestará.

160 Hugo Celso, en la palabra Partidas de su Repertorio, atribuye su publicacion á los Reyes católicos don Fernando y doña Isabel. Don Nicolás Antonio en su Biblioteca antigua, lib. 8.º, cap. 5.º, núm. 222, es del mismo dictámen, aunque en el libro 10, capít. 14, núm. 818 da á entender que antes que los Reyes católicos hubieran sancionado las leyes de partida, en la 1.ª de Toro ya habia hecho lo mismo el Rey don Alonso el XI en las cortes de Alcalá de Henares. El doctor Montalvo, al fin de su Comentario de las leyes de partidas, afirma que los Reyes católicos sancionaron las leyes de partida.

161 Luis de Avendaño en la glosa 5.ª á la ley 40 de Toro, núms. 11 y 12, sigue la opinion de los referidos autores, y en su comprobacion alega, que sin embargo de ser cierto que los Reyes católicos renovaron la ley de don Alonso el XI, en que publicó las partidas y les dió autoridad legal, tambien lo es que los mismos Reyes católicos espresaron en la ley 1.ª de Toro, que eran informados que la dicha ley (del ordenamiento) no se guardaba ni ejecutaba enteramente, de que infiere por mero capricho y arbitrariedad que la falta de la total observancia de la ley del ordenamiento, que indica la ley de Toro, se referia á las leyes de partida, siendo constante que la ley del ordenamiento habla tambien de otros varios cuerpos legales, sobre que podia recaer la inobservancia.

162 Se equivoca tambien Avendaño en el lugar citado cuando dice que las cortes de Alcalá de Henares se celebraron en la Era de 1384, debiendo decir 6 en lugar de 4. Todavia padece la equivocacion de llamar al Rey don Alonso el Sabio IX del nombre, y aunque en esta equivocacion le habian precedido otros, no tiene disculpa alguna para llamar al Rey don Alonso, que celebró las cortes de Alcalá de Henares, XI, supuesto que su visabuelo el Sabio fuese el IX, por ser un hecho constante de la historia que entre estos dos Alonsos no medió otro Rey del mismo nombre.

163 Otro rumbo, aunque no menos estraviado y contrario á la verdad de la historia, han seguido los dos sabios y diligentes investigadores de nuestras antigüedades los doctores Espinosa y Floranes, citados por el señor Marina al número 415 de su

Ensayo; los que atribuyen la publicacion de las partidas á don Enrique II, hijo de don Alonso el XI, fundándose para ello en que el padre no pudo dejar concluida y acabada la grande obra, que se propuso, de concertar y enmendar el libro de las partidas, segun lo prometió en las cortes de Alcalá de Henares; ni tampoco tuvo el tiempo necesario para formar los dos libros auténticos, que habian de quedar en la cámara del Rey en concepto de originales, y en comprobacion preguntan con la confianza de no poder ser respondidos, ¿cómo habia de llevar hasta el cabo una empresa tan árdua y tan vasta en el corto tiempo que medió entre la celebracion de las cortes de Alcalá y su muerte, ocurrida en 9 de marzo de 1350? Tambien confirman su opinion con la autoridad del sabio obispo de Burgos don Alonso de Cartagena, que en el prólogo de su Doctrinal de Caballeros atribuye la publicacion de las partidas al Rey don Enrique II.

164 Para hacer ver cuánto se han alucinado estos autores en el fundamento que alegan de su opinion, de que el Rey don Alonso el XI no tuvo tiempo para dejar completa la grande obra de concertar y enmendar el cuerpo legal de las partidas, segun lo prometió en las cortes de Alcalá, basta decir las palabras con que se esplica él mismo en la ley 1.ª tít. 28 de su ordenamiento, acerca de las partidas, de las que dice: "Mandámoslas requerir, é concertadas é enmendadas..... dámoslas por nuestras leyes, et porque sean ciertas é no haya razon de tirar, é enmendar é mudar en ellas cada uno lo que quisiere, mandamos facer de ellas dos libros.... para tener en la nuestra cámara..... et tenemos por bien que sean guardadas é valederas de aqui adelante en los pleitos y en los juicios, é en todas las otras cosas que se en ellas contiene."

165 Ahora bien, ¿de qué palabras de las referidas infieren los espresados doctores que el concierto y enmienda de las partidas, y la formacion de los libros que habian de quedar en su cámara, eran cosas que se habian de hacer sin que entonces estuvieran hechas? Y seguramente por mas que atormenten su discurso no encontrarán alguna á que aplicar la inteligencia que intentan dar á las palabras "mandámoslas requerir é enmendar é facer de ellas dos libros:" tan lejos estan de indicar un tiempo futuro en que se hubiese de ejecutar la enmienda y correccion de las leyes, y la formacion de los libros, que antes bien denotan que una y otra obra estaban ya ejecutadas, si no queremos confesar en las palabras de don Alonso la mas grosera y vergonzosa contradiccion.

166 Despues de las palabras mandámoslas requerir é concertar y enmendar, continúa: "é asi concertadas é enmendadas, dámoslas por nuestras leyes:" de que se conoce que ya habia precedido el concierto y enmienda, cuando quiso que se tuvieran por leyes suyas; es asi que el tiempo de que usa cuando dice "dámoslas por nuestras leyes" es de presente y no de futuro, con que ya cuando las da por leyes suyas se habia verificado en ellas el concierto y enmienda, pues de otro modo habria de decirse que quiso que se tuviesen por leyes suyas antes de estar concertadas y enmendadas; y asi las palabras de que usó el Rey cuando dice "mandámoslas requerir é enmendar é concertar" no deben entenderse de un tiempo presente, sino pasado y de pretérito; siendo bien notorio que en nuestro idioma el pretérito perfecto tiene la misma terminacion entre nosotros que el tiempo presente, y asi se dice con toda propiedad, hablando de pretérito, amamos ó hemos amado; pues si la palabra "mandámoslas requerir" puede atribuirse á tiempo pasado, ¿qué razon hay para que se la contraiga a significar un tiempo presente, cuando se opone á esta inteligencia la otra espresion de la ley "dámoslas por nuestras leyes," que no pueden tener otro sentido que la de un tiempo presente, y en ninguna manera de futuro?

167 Todavia se persuade con mas evidencia la falsedad de la opinion de los doctores Espinosa y Floranes, con la época que señala la citada ley de don Alonso para la observancia de las leyes de partida, que es la de presente, porque dice: "Et tenemos por bien que sean guardadas é valederas de aqui adelante en los pleitos é en los juicios é en todas las otras cosas que en ellas se contiene:" por cuyas palabras se remueve toda duda acerca del tiempo en que quiso el Rey principiase la observancia de las leyes de partida, que fue de presente y no de futuro, como lo persuade el adverbio *aqui*, de que se vale él, el cual precedido de la partícula *de*, aplicado al tiempo, siempre significa tiempo de

presente, segun el Diccionario de nuestra lengua: con que si la correccion y enmienda de las partidas no se habia ejecutado cuando el Rey don Alonso formó la ley del ordenamiento, no debió decir que se observasen de aqui en adelante, á no querer incurrir en el absurdo de darles observancia antes de estar corregidas y enmendadas; sino que deberia haberse valido de una espresion que concretase y refiriese la observancia de las leyes al tiempo en que estuviese concluida la correccion y enmienda.

168 A todo esto se aumenta un testimonio irrefragable del Rey don Enrique II, el que, en las cortes celebradas en Burgos el año 1377, en la ley final, ó última cláusula de ellas, citadas por el señor Marina al número 443, mandó que las leyes de partida tuviesen en lo sucesivo la misma autoridad que habian tenido en tiempo del Rey don Alonso su padre: estas son sus palabras: "Confirmamos todos los ordenamientos que el dicho Rey nuestro padre, que Dios perdone, mandó facer en las cortes de Alcalá de Henares: é otrosí confirmamos las partidas é leyes que fueron fechas en tiempo de los Reyes, donde nos venimos; é que sean guardadas é complidas, segun que se guardaron é cumplieron en tiempo del Rey nuestro padre. Por este nuestro cuaderno mandamos á los Concejos, Alcaldes é Alguaciles de todas las cibdades é villas é lugares de nuestros reinos, que guarden é cumplan, é fagan guardar é cumplir..... los dichos ordenamientos, é leyes é partidas, que nos confirmamos en las dichas cortes." De que se convence hasta la evidencia, no solo que el Rey don Alonso publicó las leyes de partida, sino que en su tiempo tuvieron la debida observancia, y de consiguiente es manifiestamente falsa la opinion de los indicados autores, de que las leyes de partida no se publicaron en las cortes de Alcalá, ni entonces se hallaban ya corregidas, ni formados los dos libros que habian de servir de originales en la cámara del Rey.

169 Este testimonio de don Enrique II obra igualmente contra la opinion de Hugo Celso y demas referidos arriba, que dilatan la publicacion de las partidas hasta los tiempos de los Reyes católicos.

170 Queda pues demostrado por la ley 1.ª, tít. 28 del ordenamiento de Alcalá, que las leyes de partida fueron sancionadas y mandadas observar por el Rey don Alonso XI desde la misma época de las cortes de Alcalá de 1348, en que dispuso tuviese observancia y autoridad legal su ordenamiento, con preferencia á los demas fueros ó códigos nacionales; y por la referida cláusula de las cortes de Burgos de 1367, que las leyes de partida regian y se observaban en tiempo de don Alonso XI, padre de don Enrique, quien dispuso que en lo sucesivo tuviesen la misma autoridad y observancia que habian tenido en vida de su padre, á cuyo fin las aprobó y confirmó, sin darles mas autoridad y firmeza que la que antes habian tenido, á cuya especie de confirmacion llaman los autores, en forma comun, por la que ninguna mas virtud ó eficacia recibe el instrumento confirmado, que la que antes tenia, como espresamente se declara en la ley 2.ª, tít. 18, partida 3.ª por estas palabras: "Pero si fuere de confirmamento de algun privilegio que el Rey no quisiese confirmar á sabiendas, ó de que no supiere la razon sobre que fuese dado ó confirmado, debe decir que confirma lo que los otros ficieron, é que manda que vala, asi como valió en tiempo de los otros que lo dieron;" de que se infiere por una consecuencia necesaria que si la autoridad que el Rey don Enrique dió á las partidas por su confirmacion no fue otra sino la misma de que gozaban en tiempo de don Alonso su padre, y esta se supone que fue condicional para cuando estuviera hecho el concierto y enmienda de ellas, nada adelantan los eruditos doctores Espinosa y Floranes alegando en apoyo de su opinion la publicacion y sancion que el Rey don Enrique II dió á las leyes de partida, pues por ella quedaron en el mismo estado de inobservancia que antes tenian.

171 Los insignes literatos Asso y Manuel, que con tanto esmero se dedicaron en nuestros dias á publicar algunos monumentos inéditos, ó hechos sumamente raros concernientes á nuestra antigua legislacion, no se han libertado de padecer tambien algunas equivocaciones en punto á la publicacion de las partidas. En la introduccion á las instituciones del derecho civil de Castilla reconocen con el comun de los autores que las leyes de partida no habian estado en plena observancia hasta el reinado de don Alonso XI, "que las publicó y dió valor, habiéndolas antes enmendado y corregido á su satisfaccion;" y á la pagina 46 del discurso preliminar del fuero

viejo de Castilla afirman que don Enrique II publicó las leyes de partida en las cortes de Toro de 1369, las cuales, dicen, se dieron sin duda al público por este tiempo, acompañadas de algun prólogo historial, que no ha llegado á nuestras manos; y hablando del ordenamiento de Alcalá dicen á la página 11 del discurso preliminar á dicho ordenamiento, que el Rey don Pedro lo confirmó por su carta ó pragmática, y que lo mismo ejecutó su hermano don Enrique II en las cortes de Toro del año de 1367. Se debe tener presente que la confirmacion del ordenamiento de Alcalá comprendia y envolvia en sí la confirmacion de las partidas, porque en él estaba comprendida la ley 1.ª del tít. 28, en que el Rey don Alonso sancionó y publicó las leyes de partida.

172 Combinando las varias especies que hemos referido de estos autores, se echa de ver que no guardan consecuencia cuando, suponiendo que el Rey don Alonso publicó las partidas en las cortes de Alcalá por primera vez, afirman que su hijo don Enrique las publicó en las cortes de Toro de 1369. ¿Si estaban ya publicadas á qué fin volverlas á publicar? Y si suponen que se confirmaron en las cortes de Toro, ¿qué necesidad habia de publicarlas en las que se tuvieron dos años despues en el mismo pueblo? Sobre estos dos particulares observa el señor Marina en la nota 4.ª al número 443 de su Ensayo que en Toro no se celebraron cortes por don Enrique II en el año de 1367, y que en las que se tuvieron en dicho pueblo en el de 1369 no se hizo mencion de las partidas.

173 Todavia se nota mas la equivocacion con que procedieron estos autores cuando afirmaron que las leyes de partida se confirmaron en las cortes de Toro en 1367, y se publicaron en las de 1369, con lo que dicen en la nota 1.ª de la pág. 5.ª de su discurso preliminar al ordenamiento de Alcalá.

174 Se proponen impugnar la opinion del doctor Francisco de Espinosa en su historia manuscrita del Derecho de España, en que pretende que las partidas no se publicaron hasta las cortes de Valladolid del año de 1351, en tiempo del Rey don Pedro; y se funda principalmente en que hasta entonces no se publicó el ordenamiento de Alcalá; y dicen que dicho doctor Espinosa sin duda no tendria presente la carta ó pragmática confirmatoria del Rey don Pedro, que evidencia lo contrario; y la ley 1.ª, tít. 28 de dicho ordenamiento, que positivamente afirma que la correccion y publicacion de las partidas tuvo efecto en vida del Rey don Alonso; y añaden que prueba lo mismo la cláusula con que se concluye el cuaderno de las cortes de Burgos de 1367, donde confirmó don Enrique II las partidas, y manda que se guarden conforme se publicaron y observaron en tiempo de su padre don Alonso XI.

175 Si los testimonios de que se valen estos autores convencen hasta la evidencia la falsedad de la opinion del doctor Espinosa, de que las partidas no se publicaron hasta el tiempo del Rey don Pedro, por constar de ellos que ya en tiempo de su padre don Alonso no solo se habian publicado las partidas, sino que estaban en observancia, ¿cómo habia de haber incurrido el Rey don Enrique II en el absurdo é inconsecuencia de publicarlas en las cortes de Toro de 1369, mayormente habiéndolas confirmado ya en las de Burgos celebradas dos años antes?

176 El prólogo historial á que se refieren los doctores Asso y Manuel, confesando que no ha llegado á sus manos diverso del que se halla á la cabeza de las ediciones de las partidas, parece debe ser el que publicó la Academia de la Historia en su nueva edicion de estas, al pie del prólogo principal, que ha sido sacado de un códice de la Real Biblioteca, y lo atribuyen á don Enrique II, apoyados en la autoridad de don Alonso de Cartagena; pero nada consta de cierto en este particular, como manifiesta el señor Marina en la nota 4.ª ya citada.

177 No se han acabado todavia las varias y caprichosas opiniones de nuestros críticos acerca de la publicacion del libro de las partidas: resta hablar de una muy particular del señor Samper y Guarinos, citado por el diligente señor Marina en la nota 2.ª del número 417, quien afirma que dicho autor pretende en el párrafo 19 y 20 de su Biblioteca económica y política, y apuntamientos para la historia de la jurisprudencia Española, dar visos de probabilidad á la opinion (que el señor Marina gradúa con razon de paradoja) de que la obra de las partidas se hizo mas con el fin de que fuese una instruccion de los Reyes, que un cuerpo legislativo, manifestando su

contesto ser antes una obra doctrinal que un código legislativo.

178 Esta opinion, ó mas bien paradoja, manifiesta tan á las claras su falsedad, que parecia escusado detenernos á demostrarla; pero la autoridad que este autor se ha grangeado con algunos de sus escritos exige hacer ver su error en esta parte, para evitar que algunos lo aprueben sin examinarlo.

179 Entre otras razones de menor importancia se vale para su intento de las palabras del prólogo, en donde dice el Rey: "Et fecimos este libro para que nos ayudásemos nos de él, é los otros que despues de nos viniesen, conosciéndolas y oyéndolas ciertamente." Y siguiendo su empeño cita la ley 4.ª y 5.ª, tít. 5.º de la partida 2.ª, en que se trata y dispone del modo como han de comer, beber, estar en pie, sentados y acostados los Reyes, y otras á este tenor, y otras del tít. 7.º, 19 y 21 de la misma partida, sin reflexionar que en contraposicion de este corto número de leyes hay un cúmulo inmenso de ellas, que hace ascender su número á tres mil y una, y constituyen el cuerpo mas cabal, completo é instructivo de jurisprudencia que se vió en aquellos tiempos, y aun ahora se hace admirar de los sabios é instruidos en la facultad.

180 Si en el prólogo se dice lo que alega el señor Samper, en el mismo se espresa que una de las causas que dió motivo á la composicion de la obra "fue la de dar carrera á los homes de conoscer el derecho é la razon, é se supiesen guardar de facer tuerto ni yerro, é supiesen amar é obedecer á los otros señores que despues de nos viniesen." ¿Estas palabras se dirigen á los Reyes, ó antes bien á sus súbditos ó vasallos?

181 Que el ánimo y voluntad del Rey don Alonso, manifestado en la formacion y composicion del libro de las partidas, haya sido dar un código legislativo á que arreglasen los jueces sus decisiones y sentencias, lo persuade hasta la evidencia la ley 19, tít. 1.º, partida 1.ª, en donde preveyendo el Rey que podia ocurrir algun caso, que por no estar comprendido en las leyes de partida, fuese necesario formar alguna de nuevo, dispone y ordena que "acaesciendo cosas, que no hayan ley en este libro, porque sea menester de se facer de nuevo, aquel Rey que la ficiese débela mandar poner con estas en el título que fallaren en aquella razon sobre que fué fecha la ley; et destonces vala como las otras leyes."

182 Si las leyes de partida no se habian formado con el objeto de que sirviesen de norma á los jueces en la decision de los pleitos, ¿qué necesidad habia de que ordenase el Rey que cuando no se encontrase en su libro ley á propósito para resolver el caso de la contienda, se hiciese de nuevo, y se le diese lugar en el título que correspondia, y desde entonces tenga la misma virtud y eficacia que las otras leyes que en el mismo libro se contenian?

183 No es menos convincente é incontestable el testimonio que de esta verdad nos ofrece la ley 6.ª, tít. 4.º, partida 3.ª, donde tratando del juramento que deben prestar los jueces antes de entrar en el ejercicio de su empleo, ordena que juren en manos del Rey, ó sobre los Santos Evangelios, "que los pleitos que vinieren ante ellos, que los libren bien é lealmente lo mas aina é mejor que supieren, é por las leyes de este libro, é non por otras." ¿Se hará creible que siendo las partidas una obra doctrinal para instruccion de los Reyes, como pretende el señor Samper, se exigiese en ella á los jueces un juramento por el cual se obligasen á sentenciar las causas por las leyes que en la misma se contenian? ¿Acaso la instruccion doctrinal de los Reyes era necesaria é indispensable en los jueces para el desempeño de las funciones de su judicatura? ¿Y si con arreglo á dichas leyes habian de librar los pleitos que viniesen ante ellos, era del todo necesario que los pleitos se substanciasen sobre la instruccion doctrinal de los Reyes, que era el objeto á que se dirigian las leyes, y á que bajo la religion del juramento debian arreglar sus decisiones?

184 Mereceria alguna disculpa el señor Samper en su estraña, absurda y ridícula opinion, si no hubiera tenido á la vista la ley que se acaba de citar; pero el caso es, que el mismo autor en el párrafo 25 del lugar ya citado se hace cargo de la espresada ley 6.ª, tít. 4.º, partida 3.ª, y despues de referir á la letra sus palabras, que tan terminante y decisivamente destruyen su opinion, establece en su apoyo una nueva paradoja, tan original y absurda como la primera, concretándose á dudar de la autenticidad de las partidas impresas,

que pretende no esten conformes ni con las originales de don Alonso X, ni con las corregidas y enmendadas por don Alonso XI.

185 Al oir tan nueva y original proposicion, cualquiera se prometeria verla apoyada, ó con una demostracion, ó con razones del mayor peso y autoridad; pero sucede tan al contrario como va á ver el lector: "Esta ley (hablando de la citada), dice el señor Samper, si fuera genuina y puesta en las partidas por don Alonso el Sabio, destruiria por sí sola todas las congeturas alegadas para probar que su autor no se propuso tanto formar con ellas un código legislativo, como una obra doctrinal para la instruccion de los Monarcas. Mas hay gravísimos fundamentos para creer, ó á lo menos para sospechar, que tales palabras no se encuentran en las partidas originales, ni en las reformadas por don Alonso XI." Hasta aqui el autor, cuyas palabras copia el señor Marina en la nota 5.ª del número 417 de su Ensayo.

186 Si no ha visto ni oido decir que haya códices de las partidas en que no se encuentre la ley que se supone aumentada, ¿por qué funda en este hecho su opinion? Y si lo hay, bien sea de vista ó de oidas, ¿por qué no cita el testimonio de que se vale? Esto es querer trastornar aquel principio que enseña que la presuncion debe ceder á la verdad.

187 Para mayor convencimiento de la falsedad de su opinion basta leer el preámbulo de la ley 1.ª, tít. 1.º de la partida 1.ª, en donde despues de llamar leyes á las que se contienen en el libro de las partidas, pasa á indicar el objeto y fines con que se hicieron, y entre estos numera el de cómo debe juzgarse por ellas; luego dichas leyes no eran consejos ó advertencias, sino preceptos del Soberano, para que los observasen los súbditos, y los jueces juzgasen por ellos á los que faltaban á su observancia. Estos son eructos de anticuarios que se creen autorizados para decir lo que nadie ha dicho, ó para ser creidos bajo su palabra.

188 Dos son las razones que alega el señor Samper para su intento: la primera reducida á que si fuera cierta la ley que se cita, destruiria las sospechas de su opinion, á saber; que las partidas no se formaron con el fin de hacer un código legislativo, sino una obra doctrinal para gobierno de los Reyes. La segunda estriva en que hay gravísimos fundamentos para sospechar que las palabras de la ley, que se ha referido, no se encuentran en las partidas originales ni en las reformadas.

189 Concretándome á la primera de las razones de que se vale el señor Samper para sostener su dictámen, no puedo menos de manifestar que es tán débil como contraria á una buena lógica: ella consiste en negar los documentos auténticos y de una remota antigüedad, reconocidos constante y uniformemente por los sabios, sin otró fundamento que el ser contrarios á su opinion, la que es tan arbitraria y desatendible, como que toda consiste en que en el libro de las partidas hay algunas leyes que tratan de los deberes y obligaciones de los Reyes; sin hacerse cargo que es sin comparacion mucho mayor el número de las que tratan de la materia, forma y ministro de los Sacramentos, de las obligaciones de los prelados de la Iglesia, y de los deberes de los clérigos y religiosos, pues solo desde el 4.º título de la partida 1.ª, hasta el 7.º inclusive, en que se habla de las materias indicadas, se emplean 232 leyes, sin otras que en los títulos siguientes hablan de puntos de religion; y sin embargo ninguno ha tenido hasta ahora la feliz ocurrencia de reputar el libro de las partidas por una obra dogmática, ó canónica y de religion.

190 Todavia es mas fútil y desatendible la segunda razon que alega, fundada en un mero dicho de que hay gravísimos fundamentos para creer ó sospechar que las palabras que se citan de la ley no se encontraban en las partidas originales, ni en las reformadas por don Alonso el XI. Cualquiera esperaria ver á continuacion los gravísimos fundamentos en que fundaba su creencia ó sospecha, que con razon la reputa el señor Marina en la nota ya citada por otra nueva paradoja; pero lo cierto es que los gravísimos fundamentos que supone, tuvo por mas conveniente reservarlos en su pecho que manifestarlos al público.

191 Estrañando este silencio el señor Marina en la ya referida nota, le pregunta "si por ventura vió algun códice anterior ó posterior al Rey don Alonso el XI, donde no se encontrase aquella ley. Si lo vió, ¿por qué no lo ha citado, y advertido al público de ello? Y si no lo vió, sus dudas son livianas y carecen de fundamento;" y

continúa diciendo: "Nosotros podemos asegurarle que vimos y leimos aquella ley sin variacion alguna en todos los códices que disfrutamos."

192 Despues de una reflexion tan sólida y convincente me limitaré á decir que semejantes opiniones mas sirven de infundir y propagar errores, que de descubrir y apurar la verdad, que es el objeto que debe proponerse todo escritor que no pretenda singularizarse y hacer ostentacion de ingenioso.

193 Aunque el señor Marina y la Academia no han padecido las equivocaciones en que incurrieron los autores que hemos referido, acerca del tiempo en que se hizo el concierto y enmienda de las partidas y de su publicacion, estando de acuerdo en que el Rey don Alonso el XI fue el verdadero autor que dispuso su enmienda, y las mandó publicar en las cortes que celebró en Alcalá de Henares el año de 1348, no convienen en el modo con que se ejecutó el concierto y enmienda. El señor Marina, en el número 483 de su Ensayo, es de parecer "que el Rey don Alonso no alteró, como se supone, el texto de las partidas, ni corrigió sus leyes en los originales que mandó publicar, sino que conservándolas en su integridad y pureza original, modificó y alteró algunas en obra separada, trabajada á este propósito, cual fue su célebre ordenamiento." Hasta aqui el autor.

194 La Academia al folio 29 de su prólogo opina "que aunque el Rey dice que mandó concertar y enmendar las leyes de las partidas en algunas cosas que cumplian, no se ha de entender que hizo en el texto de las partidas notables alteraciones; porque habiéndose tenido presentes para esta edicion códices de diversos tiempos, algunos de los cuales son conocidamente anteriores al mismo Rey don Alonso XI, no se ha advertido entre ellos diferencia en cosa sustancial." Hasta aqui la Academia.

195 Toda la diferencia que se advierte entre estas dos opiniones consiste en que el señor Marina pretende que el texto de las partidas lo conservó el Rey don Alonso en su integridad y pureza original sin alteracion alguna; y la Academia es de parecer que en el texto no se hicieron notables alteraciones. Una y otra opinion la tengo por una verdadera paradoja, que se han visto precisados á abrazar sus autores por no haber atinado á distinguir los códices corregidos de los que estaban por corregir, habiendo dado principalmente causa á esta equivocacion el haberse llegado á persuadir que el códice Toledano I, que es uno de los corregidos, se escribió en tiempo del Rey don Alonso el Sabio, como inconsideradamente lo habian creido tambien el P. Burriel y don Manuel de Manuel; pero este punto pide una especial y detenida disertacion, que me reservo hacer en papel separado cuando manifieste mis observaciones sobre la nueva edicion de las partidas que ha publicado la Academia.

196 Antes de levantar la mano del libro de las partidas, voy á proponer una duda que puede tenerse por original á causa de no haberse suscitado por ninguno de los doctos y eruditos escritores de la historia de nuestro Derecho Real. Ella consiste en averiguar si el concierto de las leyes de partida lo dispuso y ejecutó el Rey don Alonso el XI en las cortes de Alcalá de Henares, ó estaba hecho de antemano algunos años habia.

197 Queda ya manifestado arriba por las espresiones de que se valió el Rey don Alonso para espresar que habia mandado concertar y enmendar las leyes de partida, y que se formasen dos libros de dichas leyes, asi concertadas y enmendadas, que sirviesen de originales en su cámara, que dicho concierto y enmienda estaba ya concluida cuando se hizo la publicacion del ordenamiento de Alcalá, que fue en 28 de Febrero de 1348, segun consta del cuaderno de las referidas cortes, citado por los doctores Asso y Manuel al folio 10 del prólogo del citado ordenamiento, los que ya habian observado al folio 6.° del mismo, que Garibay, Mariana y Ortiz de Zúñiga se habian equivocado, atrasando la época de las cortes de Alcalá al año siguiente de 49, é igual equivocacion ha padecido Ortiz y Sanz en su Compendio cronológico, lib. 11, capít. 3.°, fol. 457.

198 Aunque no consta el dia ni el mes del año en que se principiaron las cortes de Alcalá, y siendo por otra parte el concierto y enmienda de las partidas una obra que exigia mucho tiempo y meditacion para ejecutarla con conocimiento y acierto, parecia que no podia haberse hecho en los dos primeros meses del año de 1348, ni concluido la estension y copia de los dos libros que habian de servir de originales en

la cámara del Rey. Todo esto ofrece una congetura harto fundada de que el concierto y enmienda de las partidas, y la formacion de los dos libros originales, no se pudo principiar y concluir en los meses de Enero y Febrero de 1348; y de consiguiente es de presumir que una obra de esta naturaleza ocupase mayor espacio de tiempo que el de los dos meses referidos.

199 Podria prestar mucha luz para la resolucion de esta duda el testimonio que nos presenta Garibay en el lib. 12, cap. 7.º de su Compendio historial, donde tratando de la entrega que hizo la provincia de Alava de sí misma al Rey don Alonso el XI para que la uniese é incorporase á la corona de Castilla, afirma que la junta general entre otras cosas suplicó al Rey le concediese "que los hijosdalgo y los demas de la tierra gozasen de los privilegios y fueros segun el fuero de Soportilla; y en lo demas que hubiese por fuero las leyes de las partidas en los pleitos," y que el Rey así se lo concedió.

200 Como la entrega de la tierra de Alava se verificó en 2 de Abril de 1332, y por otra parte no sea de presumir que el Rey don Alonso les hubiese concedido y sancionado por leyes el libro de partidas, sin haberlas antes concertado y enmendado, deberia inferirse que en el espresado año ya estaba ejecutado el concierto y enmienda de las leyes; pero es el caso que la noticia del hecho que nos refiere Garibay es manifiestamente falsa y equivocada, como se convence del capítulo 100 de la Crónica del Rey don Alonso XI, donde se dice que la provincia pidió al Rey por merced que les diese fuero escrito, "cá fasta allí no lo habia sinon de alvedrío. Et el Rey..... dióles que hubiesen el fuero de las leyes." Hasta aquí la Crónica, el que no es otro, como todos saben, que el fuero real.

201 Ya antes los eruditos Asso y Manuel habian observado la equivocacion de Garibay al fol. 4.º de su prólogo al ordenamiento, en donde citan el privilegio del Rey despachado á la provincia de Alava, de que dicen conservan copia en su poder, que desmiente la noticia; y en la nota 1.ª comprueban la asercion de que el código que el Rey don Alonso habia concedido á la provincia de Alava habia sido el fuero de las leyes, y no el de las partidas.

202 Queriendo yo asegurarme de la certeza de este hecho, me valí de un sugeto de la ciudad de Vitoria, residente en esta corte, para que preguntase si entre los privilegios que el Rey don Alonso XI otorgó á la provincia de Alava fue uno el que juzgase los pleitos por las partidas del Rey don Alonso el Sabio, ó por el fuero de las leyes; y la respuesta que se le ha remitido está concebida en estos términos: "De los capítulos con que se entregó la provincia de Alava al Rey don Alonso el XI resulta uno, que dice así: Otrosí pidiéronnos por merced que otorgásemos á los fijosdalgo é á todos los otros de la tierra el fuero é los privilegios que á Portiella dibda: A esto respondemos que otorgamos é tenemos por bien que los fijosdalgo hayan el fuero de Soportilla para ser quitos é libres ellos é sus bienes de pecho: E cuanto en los otros pleitos é en la justicia, tenemos por bien que ellos é todos los otros de Alava hayan el fuero de las leyes."

203 Entre los muchos códices que reunió la Academia para su nueva edicion de las partidas, que aunque útil en cierto respeto, es poco honorífica á la memoria del Rey Sabio, ha sido uno el Escurialense 1.º, del cual en una nota que tiene de letra encarnada, segun lo afirma la Academia, se dice, que se acabó de escribir el dia 25 de Mayo de la Era 1368, que corresponde al de 1330 de la Natividad. Como este códice se halla enteramente conforme en el número de leyes y sus decisiones con el Toledano 1.º, que como se ha dicho arriba, es del número de los corregidos, segun el concierto y enmienda que el Rey don Alonso mandó hacer en las leyes de partida, y tambien conviene con el Escurialense 2.º y 4.º, y con el 2.º y 3.º de la Biblioteca Real, y con el que sirvió de texto á la edicion que hizo el señor Gregorio Lopez de las partidas en Salamanca el año 1555, necesariamente debe reputarse tambien por enmendado.

204 Todos estos códices se hallan purgados de los errores que se encuentran en el original del Rey don Alonso el Sabio, cuya copia nos presenta ahora la Academia en su nueva edicion: por lo que forzosamente se infiere que por lo menos en el año de 1330, que correspondia al de 19 de la edad del Rey don Alonso el XI, estaba ya hecho el cotejo y enmienda de las leyes de partida, bien se hiciese dicho con-

cierto por la autoridad particular de algun sabio, ó por la del Soberano, lo que debe ser indiferente supuesto que posteriormente se aprobó y publicó en las cortes de Alcalá.

205 Que los referidos códices estan esentos y purgados de los enormes errores que se encuentran en el testo del que ha publicado la Academia, se convencerá cualquiera por el material y simple cotejo que haga de algunas de las leyes de aquellos en el 4.º título de la partida 1.ª con los de este.

206 No habiendo ningun motivo fundado para sospechar del contenido de la nota del códice Escurialense primero, en que tan circunstanciadamente se espresa el dia, mes y año en que se acabó de escribir, parece puede asegurarse sin nota de temeridad que el cotejo y enmienda de las partidas no se ejecutó en las cortes de Alcalá de Henares del año de 1348, sino que estaba ya hecho diez y ocho años antes, esto es, en el de 30 de aquel siglo.

207 Concluidas las prolijas y mal fundadas dudas que se han suscitado acerca de quién fue el autor del libro de las partidas, cuándo se principió y concluyó, quién dispuso la enmienda y correccion de sus leyes, y el que por primera vez las publicó y sancionó, corresponde continuar ahora la esposicion de la citada ley del ordenamiento, inserta y confirmada por la primera de Toro, que es la que me he propuesto comentar.

208 Entre los fueros de que se hace espresa mencion en la ley del ordenamiento, es uno el que tenian los hijosdalgo de Castilla, llamado tambien de alvedríos, y así dice: "Y porque los hijosdalgo de nuestros reinos han en algunas comarcas fuero de alvedrío y otros fueros, porque se juzgan ellos y sus vasallos, tenemos por bien que les sean guardados sus fueros á ellos é á sus vasallos, segun que lo han de fuero é les fueron guardados fasta aquí." No convienen entre sí nuestros críticos anticuarios acerca del verdadero autor del fuero de alvedríos, que tambien se llama fuero de fazañas y de los hijosdalgo de Castilla. El P. Burriel, en el informe de la ciudad de Toledo sobre igualacion de pesos y medidas, pág. 265 y siguientes, atribuye la formacion de este fuero al Conde don Sancho, que fue Soberano de Castilla por los años de 1000, y pretende que lo dió á Toledo, y se llamó unas veces fueros viejos de Burgos, por ser esta ciudad capital ó cabeza del condado; otras fuero de los fijosdalgo, por contenerse en él las esenciones de la nobleza militar, y tambien se conoce por el de las fazañas, alvedríos y costumbres antiguas de España, por habersé añadido algunos juicios, declaraciones y sentencias arbitrarias de los Reyes ó de sus ministros, y asegura que su original se escribió en latin.

209 La autoridad del P. Burriel, dice el señor Marina al número 134 de su Ensayo, que arrastró á los doctores Asso y Manuel á sostener la opinion de aquel, como puede verse en la introduccion de sus instituciones de Castilla, fol. 2.º, á todos los cuales habia precedido el doctor Francisco de Espinosa en su ya citada obra de leyes y fueros de España; pero esta opinion la rebate é impugna el referido señor Marina con su esquisita erudicion desde el número 135 de su Ensayo hasta el 151, donde podrá acudir el curioso lector que quiera instruirse en este punto, limitándome yo aquí á manifestar el orígen del fuero viejo, de las fazañas y alvedríos que conocemos hoy con el título de fuero viejo de Castilla, llamado así por contraposicion al fuero real ó de las leyes, que en tiempos posteriores formó y publicó el Rey don Alonso el Sabio.

210 Este fuero de alvedrío ó viejo de Castilla fue un cuerpo legislativo, no general, sino particular de algunos Concejos de Castilla, que tenian sus cartas municipales, y diferentes del fuero de Burgos, que era el propio y peculiar de esta ciudad. Por estas cartas municipales y diferentes entre sí se gobernaban los diversos Concejos de Castilla, aun despues de haber publicado el Rey don Alonso VII, ó el Emperador, el fuero de las cortes de Nájera, como lo indica el Rey don Pedro en el prólogo que puso á la nueva compilacion, y publicacion que hizo del fuero viejo de Castilla, que imprimieron por primera vez los doctores Asso y Manuel. Las palabras del prólogo son las siguientes: "En la Era de mil é doscientos é cincuenta años, el dia de los Inocentes, el Rey don Alonso, que venció la batalla de Ubeda, hizo misericordia é merced en uno con la Reina doña Leonor su muger, que otorgó á todos los Concejos de Castilla todas las cartas que habien del Rey don Alonso el Viejo,

que ganó á Toledo, é las que habien del Emperador, é las suas mesmas de él: esto fue otorgado en el suo hospital de Burgos." De cuyas espresiones se convence tambien que por entonces no habia ningun fuero general, y que las cartas particulares con que se gobernaban los Concejos de Castilla no dimanaban de sus condes, sino de los Reyes que se espresan.

211 Queriendo, pues, el Rey don Alonso VIII ennoblecer la ciudad de Burgos, y reunir sus Concejos bajo una forma de gobierno, á imitacion del Emperador don Alonso VII, que habia dado á la nobleza el fuero de los fijosdalgo, resolvió comunicar un fuero general, segun dice el Rey don Pedro en su prólogo por estas palabras: "Entonces mandó el Rey á los ricos homes, é á los fidalgos de Castilla que catasen las historias y los buenos fueros, é las buenas costumbres, é las buenas fazañas que habien, é que las escribiesen, é que se las levasen escritas, é que él las verie, y añade, que por muchas priesas que hubo el Rey don Alonso finió el pleito en este estado, é juzgaron por este fuero, segun que es escripto en este libro, é por estas fazañas."

212 Al paso que las palabras que se han referido convencen que el Rey don Alonso VIII mandó hacer la copilacion de materiales para la formacion del nuevo código general de leyes, que pretendió dar á la ciudad de Burgos y Concejos de Castilla, presentan la duda de que, constando por las mismas que no llegó á tener efecto la espresada formacion del código en vida del Rey don Alonso VIII, asegura el Rey don Pedro que los Concejos de Castilla juzgaron por el fuero, segun está escrito en el libro que publicaba el mismo Rey don Pedro, en lo que parece se manifiesta una notoria contradiccion, porque si á causa de haber muerto el Rey don Alonso fincó el pleito de la formacion del fuero en aquel estado, no es componible que por esta razon, esto es, por no haber tenido efecto la formacion del fuero, juzgasen los Concejos de Castilla por el fuero que el Rey don Pedro publicó muchos años despues, que es el mismo que resultó de la copilacion mandada hacer por el Rey don Alonso, como consta del manuscrito que cita el señor Marina en la nota 1.ª del número 146, sin otra variacion que la de haberle dado el Rey don Pedro nueva forma y coordinacion, y añadido algunas fazañas, y reformado y modificado algunas leyes.

213 En el número 153 pretende el señor Marina conciliar la indicada contradiccion; pero sea de esto lo que fuere, lo que se sabe de cierto acerca del orígen, progresos y estado actual del fuero viejo de Castilla, se reduce á que este cuerpo legal no fue obra del conde de Castilla don Sancho García, sino que debió su orígen al Rey don Alonso VIII, que mandó juntar los materiales para su formacion, la que se verificó en los reinados posteriores, y antes de el del Rey don Pedro, en que ya consta se habia hecho la copilacion de los capítulos ó leyes y fazañas del espresado fuero, que en todo eran y componian el número de 306, y estaban colocadas sin órden en las materias, ni division de títulos y libros, ni alguna solemnidad legal; pero posteriormente el mismo Rey don Pedro en 30 de Octubre de la Era 1389, que equivale al año 1351, coordinó este fuero dividiéndolo en cinco libros, y cada libro en cierto número de títulos.

214 Se llamó este fuero de alvedrío, á causa de que los asuntos relativos á la nobleza y á sus derechos se terminaban por jueces compromisarios, por alvedrío y á juicio de buen varon; y estas sentencias y determinaciones se llamaban alvedríos, y cuando se pronunciaban por personas señaladas y en materias interesantes, dice el señor Marina al número 149, que se llamaban fazañas y facimientos, que en lo sucesivo se miraban con respeto, y servian de modelo para terminar otros negocios importantes; pero si se atiende á lo que se dice en la ley 198 de las que vulgarmente se llaman de estilo, las fazañas, segun fuero de Castilla, eran precisamente aquellas sentencias pronunciadas por los Reyes en casos particulares, ó por el señor de Vizcaya, confirmadas por los mismos; debiendo el que alega la fazaña espresar el hecho sobre que el Rey dió la sentencia, y quiénes eran los litigantes; y con estos requisitos debia ser tenida la fazaña por fuero de Castilla, segun respondieron al Rey don Alonso el Sabio Simon Ruiz, señor de los Cameros, y don Diego Lopez de Salcedo á la pregunta que les hizo para que le informasen sobre este punto.

215 Aunque no consta el tiempo preciso en que el Rey les hizo la pregunta, es de presumir fuese anterior á la formacion

de las partidas, á causa de que en la ley 14, título 22, part. 3.ª se halla una declaracion enteramente arreglada y conforme á lo que se espresa en la ley del estilo citada. Se reduce la declaracion de la ley de partida á que no debe valer ningun juicio que fuere dado por fazaña de otro, á no ser que sea del Rey, en cuyo caso bien puede juzgarse por ella, porque debe valer como ley en aquel pleito sobre que es dado, y en los otros que fueren semejantes, de que se debe concluir que las fazañas eran unas sentencias pronunciadas por los Reyes, que causaban ejecutoria y servian de ley ó regla para otros casos iguales.

216 Prosigue la ley del ordenamiento declarando en materia de rieptos, que sea guardado aquel uso y costumbre que fue usada y guardada en tiempo de los Reyes sus antecesores y en el suyo, cuyo uso y costumbre consta de la ley 7.ª del ordenamiento de Najera hasta la 11.ª, y del libro 1.º, título 5.º del fuero viejo de Castilla, y mas particularmente del ayuntamiento y ordenamiento que el mismo Rey don Alonso XI hizo en Burgos en la Era de 1376, que corresponde al año de 1338 de la Natividad, como él mismo lo espresa en la ley unica, tít. 29 de su ordenamiento de Alcalá, en cuya ley menuda y prolijamente se especifican las causas y casos en que deben tener lugar los rieptos y desafiamientos.

217 Parecia bien escusado que el Rey se refiriese en punto de rieptos á la costumbre que se habia usado en tiempo de los Reyes sus predecesores, al ordenamiento de Najera, al del fuero viejo de Castilla, y ultimamente á la época del mismo Rey, cuando en la citada ley única del título 29 del mismo ordenamiento de Alcalá se declaran individualmente todos los casos en que pueden tener lugar los rieptos ó desafiamientos, con esclusion de cualquier otro caso que no esté en ellas especificado, y con sola la escepcion de que para los casos que hubiesen ocurrido despues del ordenamiento de Burgos, se pudiesen desafiar por las reglas prescritas en dicho ordenamiento, y para los que ocurriesen de aqui en adelante por lo dispuesto en este; lo que da motivo á presumir que cuando se formó la ley 1.ª del título 28 no se habia pensado hacer la del titulo 29.

218 Posteriormente se hallan justamente corregidas todas las leyes antiguas que permitian los rieptos, desafios y duelos, asi por los Reyes católicos en la ley 87 de las cortes de Toledo de 1480, que se inserta en la ley 10.ª tít. 8.º de la Recopilacion. Mas particularmente y con mayores penas se prohibieron los duelos por don Felipe V en su pragmática de 1716, renovada y confirmada por don Fernando VI en la suya de 1757, que se halla en la ley 12 del mismo título y libro de la Recopilacion.

219 Prosigue la ley mandando guardar el ordenamiento que dice el Rey formó en las cortes de Alcalá para los hijosdalgo; y como consta que dicho ordenamiento lo hizo y publicó don Alonso VII, el Emperador, en las cortes de Nájera, segun espresamente lo reconoce y declara el mismo don Alonso XI en el prólogo que puso al principio del referido ordenamiento de Nájera, el que se halla á la letra en el título 32 del ordenamiento de Alcalá, parece incurre en una manifiesta contradiccion, afirmando de sí que habia hecho dicho ordenamiento en las cortes de Alcalá, y reconociendo y confesando en el prólogo que habia sido su autor el Rey don Alonso VII el Emperador.

220 Haciéndose cargo de esta contradiccion el P. Burriel al número 71 de su carta á don Juan Amaya, es de parecer que el haber afirmado el Rey que habia formado el ordenamiento para los hijosdalgo en las cortes de Alcalá, fue en el concepto de que en las mismas lo reformó, coordinó y autorizó de nuevo, como clara y terminantemente lo espresa el mismo Rey en el prólogo que puso al mencionado ordenamiento.

221 Hablando de este ordenamiento el señor Marina en el número 146 de su Ensayo, es de parecer que el primer cuerpo legislativo y fuero escrito, que en cierta manera se puede llamar original, despues del código gótico, es dicho ordenamiento, publicado por don Alonso VII á mediado del siglo XII en las cortes de Nájera, y hace el debido elogio de la utilidad é importancia de sus leyes, conformándose con el dictámen del P. Burriel en su citada carta, número 72, quien dice se declararon en él entre otros puntos los mútuos derechos entre el Rey, las Iglesias y sus bienes, elecciones, espolios, encomiendas, distincion y prerogativas recíprocas del realengo y abadengo. Se ignora el año preciso

en que se celebraron las cortes de Nájera; pero segun la juiciosa congetura del mismo P. Burriel en el lugar ya citado, debieron haber sido despues del año de 1135, en que se verificó la conquista de Nájera y la Rioja por el Rey don Alonso VII el Emperador. Aunque en el año de 1774 se imprimió por los doctores Asso y Manuel el ordenamiento de Alcalá, y á su continuacion se halla el de las cortes de Nájera desde el título 32, no le tenemos original y como salió de las manos de su autor, sino enmendado y corregido por el Rey don Alonso XI, segun lo afirma el mismo Rey en el prólogo; pero el señor Marina nos da la curiosa noticia de que en la Biblioteca Real se encuentra un códice no reformado de este mismo ordenamiento, el que seguramente podrá servir de norte para conocer las enmiendas y variaciones que ejecutó el Rey don Alonso XI, y tambien nos dice que originalmente se escribió en latin; número 146 de su Ensayo.

222 Hubiera sido de desear que asi como el señor Marina nos ha suministrado el apreciable descubrimiento de este códice de las cortes de Nájera, primitivo y original, por no haberse hecho en él la correccion, enmienda ó variacion que ejecutó el Rey don Alonso en las cortes de Alcalá, nos hubiese manifestado, aunque fuera de paso, qué razon tuvo el Rey para enmendar y corregir las (las) leyes del ordenamiento de Nájera en el mismo texto, y no haber hecho otro tanto en el de las partidas, que lo dejó intacto, contentándose con corregir y enmendar sus leyes en su ordenamiento; pero al señor Marina, ó no le ocurrió que podria desearse saber el motivo ó causa de esta diferencia, ó acaso no la encontró, que á mi parecer es lo mas cierto; haciéndose tanto menos necesaria la correccion en el texto del ordenamiento de Nájera, que en las partidas, cuanto aquel iba incorporado en el ordenamiento de Alcalá, haciendo una parte integral de él, y las partidas eran un libro distinto y enteramente separado y diverso del ordenamiento de Alcalá.

223 Pasa la ley á señalar y establecer el órden que han de guardar entre sí los diversos cuerpos legales que menciona, para que por ellos se libren y decidan las contiendas y pleitos que acaecieren, y manda en primer lugar se libren los pleitos, asi civiles como criminales, por las leyes del ordenamiento de Alcalá, y en defecto de las leyes de este libro se decidan por las del fuero de las leyes, y las de otros fueros de ciudades y villas en lo que estuvieren en uso, salvo en lo que fueren contra Dios y contra razon, y en las que el Rey enmendare y mejorare en lo sucesivo; y los pleitos que no se pudieren librar ni por las leyes del ordenamiento, ni por as de los fueros particulares de ciudades y villas, quiere y ordena que se libren por las leyes de las siete partidas.

224 Por último, establece por un principio cierto y constante que al Rey pertenece por su soberanía hacer fueros y leyes, interpretarlas, declararlas y enmendarlas en lo que conviniere; por lo que dispone que si en el ordenamiento, fueros ó partidas hubiere alguna ley que fuere necesario interpretar, declarar, añadir, tirar, enmendar ó mudar, se reserva hacerlo por sí, como tambien el hacer nueva ley si ocurriese algun caso que no pudiese resolverse por las anteriores, á fin de que la justicia y el derecho sean guardados; y declara al mismo tiempo que no es su ánimo impedir y estorbar que en los estudios generales de estos reinos se lean los libros de los derechos que los sabios antiguos hicieron, porque hay en ellos mucha sabibiduría, y queria dar lugar que sus súbditos fuesen mas sabios, y por lo tanto mas honrados.

225 La facultad que se atribuye el Rey de interpretar, declarar, enmendar y aun hacer leyes, es indispensable al Soberano, segun los principios de la jurisprudencia civil de los romanos, como manifestaré despues, con lo que conforma y está de acuerdo la nuestra.

226 No solo permite el Rey, sino quiere que los libros de los derechos que los sabios antiguos hicieron se lean en los estudios generales de su señorío, lo que indica que en aquel tiempo ya los habia, para cuya inteligencia debe tenerse presente que por entonces ya estaban fundadas en España las universidades ó estudios generales de Palencia y Salamanca; la primera en el año de 1182 por don Alonso VIII, segun lo afirma don Lucas de Tuy, y la segunda en el de 1200 por don Alonso IX. Con motivo de haberse reunido en el santo Rey don Fernando las coronas de Leon y Castilla, dispuso el año de 1240 trasladar la universidad de Palencia, que pertenecia

al reino de Castilla, á la de Salamanca, que era de los Leoneses, con el fin de que tanto estos como los castellanos, que ya eran vasallos del mismo Soberano, concurriesen á una misma universidad, que unos y otros debian mirar como propia; los leoneses por ser la misma que fundó su Rey don Alonso IX dentro de su reino, y los castellanos por haberse trasladado á la de Salamanca la que antes tenian en Palencia, segun lo nota el P. Burriel en el capítulo 45 de la primera parte de las memorias para la vida de san Fernando.

227 Hasta aqui he hablado de los varios cuerpos legales de que hace mencion la ley del ordenamiento, y de las demas disposiciones que en ella se refieren, la cual insertan los Reyes católicos en su primera de Toro, y mandaron que se guardase y cumpliese cuanto en ella se contenia. Como posteriormente al ordenamiento de Alcalá se habian publicado varias leyes por los sucesores de don Alonso, tuvieron por conveniente señalar el órden con que deberian observarse para la determinacion de las causas, asi civiles como criminales; y con este respeto dispusieron que lo que se pudiese determinar por las leyes del ordenamiento, pragmáticas hechas por los mismos ó por sus predecesores ó sucesores, se resolviese por ellas, sin que sirva de obstaculo el que se alegue no estaban en uso y observancia; y á falta de dichas leyes, y de lo que por ellas no se pudiese determinar, mandaron guardar las leyes de los fueros, asi del de las leyes como las de los fueros municipales, que cada ciudad, villa ó lugar tuviere, en lo que fueren usadas y guardadas, y no fueren contrarias a las anteriormente establecidas, y á las que posteriormente se estableciesen; y en defecto de las leyes anteriormente referidas, fue su voluntad y mandaron se recurra á las leyes de las siete partidas, guardando lo que en ellas se contiene, aunque no sean usadas ni guardadas, y prohiben que se observen otras ningunas.

228 Parecerá estraño que en el órden que señalaron estos Soberanos á las leyes que debian observarse en la decision de las causas no se haya hecho mencion de las mas famosas é importantes que acababan de formar, y se publicaron en las cortes de Toro; pero á esto se satisface con decir, que cuando mandaron guardar las pragmáticas hechas por los mismos, y aun por sus sucesores, quisieron se entendiesen comprendidas en su decreto las leyes de Toro, como formadas por los espresados Reyes católicos, y para mayor claridad en este punto, la Reina doña Juana, en la pragmática que publicó dichas leyes, en la parte dispositiva ordenó y mandó á todos sus súbditos que las guardasen, cumpliesen y ejecutasen como leyes generales de estos reinos; y siendo un principio cierto y constante que las leyes posteriores tienen preferencia en su observancia á las anteriores, no debe quedar la menor duda de que los Reyes católicos quisieron que el cuaderno que habian formado de sus leyes fuese preferido á todos los cuerpos legislativos que se habian publicado hasta su tiempo.

229 El maestro Antonio Gomez, que sin disputa es uno de los mas sabios comentadores de las leyes de Toro, hablando de la presente afirma que de sus palabras se infiere que en estos reinos, en la decision de las causas, en primer lugar se debe juzgar por las leyes de Toro, y á falta de estas por las de partida, aunque no se pruebe que esten en uso; y por último por las del fuero que se acostumbre usar, y en defecto de todos estos cuerpos legales se han de sentenciar por el derecho comun de la jurisprudencia romana y Emperadores, que se lee y aprende en las universidades ó estudios generales.

230 Causa no pequeña admiracion que previniéndose en la ley con palabras espresas, claras y terminantes, que en defecto de los ordenamientos y pragmáticas se determinen las causas por las leyes del fuero real, y de los demas de villas y lugares que esten en uso, y á falta de estos por las leyes de partida, no haga mencion el Gomez mas que de un ordenamiento y de un fuero, siendo asi que la ley hace referencia á ordenamientos y á diversos fueros; y aun se hace mas notable que invierta el órden establecido por la ley, dando la preferencia á las partidas respecto de los fueros, siendo asi que la ley las pospone á estos. Todavia es mas digno de notarse que suponga como una consecuencia deducida de la ley, que cuando no basten los espresados cuerpos legislativos nacionales para la determinacion de las causas, se deben juzgar por el derecho comun de los romanos, no haciendo la ley la mas mí-

nima mencion de tal derecho, y antes bien virtualmente prohibe que se pueda hacer uso de él, cuando despues de referir las leyes que se deben usar y guardar, añade, "y no por otras algunas."

231 Todos estos defectos de Gomez ya los habia advertido el P. Burriel en su carta á don Juan de Amaya, número 87; pero tuvo la desgracia de que cuando notaba errores agenos, cometia él mismo otros iguales, como se convence de la pregunta que hace á Gomez, diciendo, de qué lugar ó texto sabe que se debe probar el uso de la ley del fuero, y que basta la alegacion de la ley de las partidas sin probar el uso; y se le podia responder que el lugar ó texto de donde sabía y habia propuesto Gomez la diferencia que hacia entre la necesidad de probar el uso de las leyes del fuero, y no de las partidas, era de la misma ley de Toro, que asi lo espresaba; pues hablando de las leyes de los fueros dice, que se guarden en lo que son ó fueren usadas é guardadas en los dichos lugares; y con referencia á las de partida manda, que se guarde lo que por ellas fuere determinado, como en ellas se contiene, aunque no sean usadas y guardadas.

232 No debe servir de escusa á Gomez para haber dicho que en defecto de los códigos nacionales se debia juzgar por el derecho civil de los romanos, porque á mas de prohibir la ley de Toro que se juzgase por otras leyes que las nacionales, espresa y determinadamente dispone en la ley del ordenamiento que cuando no haya ley por donde se pueda juzgar el caso de que se trata, se acuda al Rey para que haga la ley nueva que entendiere que corresponda.

233 Tratando el P. Burriel en el número 87 de su carta de la inteligencia que debe darse á la espresion de ordenamientos, de que usa la ley de Toro, afirma que ninguno de los autores que ha visto sobre la materia esplica la ley de manera que no deje duda de si los ordenamientos mandados guardar por ella son los de Alcalá y Nájera, ó si son otros, ó si es el de Montalvo. Siendo esto cosa tan importante (prosigue), y la primera base y conocimiento del derecho, es cosa notable que entre los glosadores de las leyes de Toro, la omitan y no la toquen Hernan Gomez, Arias, Tello Fernandez, Luis Velazquez de Avendaño y Juan Guillen de Cervantes; y dice que no espresa otros mas antiguos, como son Palacios Rubios, Calatayud, Diego del Castillo, Cifuentes y Luis de Toro, porque no los habia visto, de los cuales es cierto que Palacios Rubios, Castillo y Cifuentes, que yo tengo á la vista, no se detienen á examinar el punto; pero sin embargo voy á examinar directamente la duda que desea el P. Burriel.

234 Los ordenamientos de que habla la ley de Toro son el ordenamiento de Alcalá y el que formó Alfonso Diaz de Montalvo de órden de los Reyes católicos, bajo el nombre de ordenanzas reales, y los mismos cuya lectura y estudio manda la ley 2.ª de Toro á todos los letrados que obtengan cargo de administracion de justicia en estos Reinos. Para guardar órden y dar claridad á este punto creo conveniente hablar antes de las primeras ediciones que se hicieron de las ordenanzas reales, recopiladas por Montalvo, que despues se han entendido con el nombre de ordenamiento real.

235 El señor Marina en el núm. 450 de su Ensayo afirma que las ordenanzas reales, formadas por Montalvo, se imprimieron por primera vez en Huete el año de 1484, y en la nota 2.ª del citado número atestigua hay en la Biblioteca Real un ejemplar de esta rarísima edicion, la que tiene al fin la siguiente nota: "Por mandado de los muy altos é muy católicos Serenísimos Príncipes Rey don Fernando y Reina doña Isabel, nuestros señores, compuso este libro el doctor Alfonso Diaz de Montalvo, Oidor de su Audiencia, é su Refrendatario, é de su Consejo: E acabóse de escribir en la cibdad de Huepte á 11 dias del mes de Noviembre, dia de san Martin, año del nacimiento de nuestro Salvador Ihu. Xpo. de mil é cuatrocientos é ochenta é cuatro años..... Castro." No he copiado esta nota para valerme de su autoridad en cuanto á que los Reyes católicos mandaron formar al doctor Montalvo las ordenanzas reales, sino para manifestar que la rarísima edicion de que se conserva el ejemplar en la Biblioteca Real, ni consta se hiciese en Huete, ni en el año de 1484. La nota puramente afirma que se acabó de escribir la obra en 11 de Noviembre de 1484 en Huete, sin hacer la mas mínima espresion alusiva á su impresion; y como no es punto cuestionable que el escribir no es imprimir, diciendo la nota que

se acabó de escribir en el dia y año que refiere, no se alcanza con qué motivo ha podido inferir el señor Marina que se concluyó la impresion en aquel mismo dia y año.

236 Todavia admitiendo que la impresion de las ordenanzas reales de Montalvo se hubiera ejecutado en Huete, habia un motivo muy fundado para persuadirse que no se podia haber verificado en aquel mismo año; porque restando solo cincuenta dias desde 11 de Noviembre hasta el último de Diciembre, y rebajando de estos siete Domingos, y los dos dias festivos de Pascua de Navidad, restaban solos cuarenta y cinco dias útiles para trabajar en la impresion; periodo demasiadamente corto para imprimir la obra, que sería de volúmen regular en folio: lo que se hace tanto mas verosimil, cuanto en aquel tiempo la invencion de la imprenta llevaba nada mas que medio siglo de antigüedad, y su uso no estaba tan espedito como al presente: á que se agrega la notable particularidad de que hasta el año 1474 no se encuentra impresion alguna hecha en Castilla, segun lo afirma el P. Esteban Terreros en su Paleografia española, pág. 31, y confirma esta noticia don José Villarroya al folio 22 y 26 de su disertacion sobre el orígen del arte tipográfico, de que se infiere que dicho arte en Castilla apenas contaba diez años de antigüedad; lo que haria sumamente lenta y embarazosa la maniobra de imprimir.

237 Continuando su nota el señor Marina, asegura que en la Real Academia española hay un hermoso ejemplar de la edicion que se hizo de las ordenanzas reales en Zamora, en la que al fin de la impresion se encuentra una nota, tambien impresa, en que dice: "Imprimióse en la muy noble ciudad de Zamora por Anton de Centenera, á quince dias de Junio del nacimiento de nuestro Salvador Ihu. Xpo. de mil é cuatrocientos é ochenta é cinco años." De esta edicion ya da noticia el P. Burriel al número 77, fol. 131 de su carta, y la reputa por la primera impresion que se ejecutó de las ordenanzas reales.

238 En la misma nota nos da noticia el señor Marina de un ejemplar de otra edicion de la obra de Montalvo, que dejó el señor Campomanes entre los libros raros de su biblioteca, quien en una advertencia preliminar á su rica coleccion de cortes, dice de la referida edicion que se hizo en Huete, y se concluyó á 23 de Agosto de 1485; pero como en dicha edicion no se espresa ni la época ni el lugar en que se ejecutó, y por otra parte el señor Campomanes ni fue coetáneo al hecho que refiere, ni indica el autor ó documento de donde tomó la noticia, segun reglas de crítica, es sospechosa y de época incierta la edicion. Lo que esta tiene de particular es que al fin de ella se pone impresa la cédula de los Reyes católicos, firmada por los de su Consejo, dada en Córdoba á 20 de Marzo de 1485 años, en que dice el señor Marina se autoriza el libro y tasa su precio.

239 De otras dos ediciones de la obra de Montalvo, que se hallan en la Biblioteca Real, nos da noticia el P. Burriel en el citado lugar de su carta, y ambas son en Sevilla de los años de 1492 y 96, de que infiere que por lo menos se hicieron tres ediciones de la obra de Montalvo en tiempo de la Reina doña Isabel.

240 Supuestos estos antecedentes, paso á probar la proposicion que senté arriba de que los ordenamientos de que habla la ley de Toro son el de Alcalá de Henares, y el formado por Montalvo, y los mismos que mandó la ley 2.ª de Toro se estudiasen y aprendiesen.

241 El doctor Montalvo nos dice en su prólogo que los Reyes católicos, animados de los mismos deseos que habian tenido el Rey don Juan el II y don Enrique IV, de que se formase una coleccion ó volúmen de las leyes que habian hecho los Reyes posteriores á don Alonso el Sabio, y andaban separadas en diversos libros y cuadernos, concernientes á los casos y negocios que habian ido ocurriendo, "mandaron que se hiciese copilacion de las dichas leyes y ordenanzas, y pregmáticas, juntamente con algunas leyes mas provechosas y necesarias, usadas y guardadas del dicho fuero castellano, en un volúmen por libros y títulos de partidas..... quitando y dejando las leyes supérfluas, inútiles, revocadas y derogadas, y aquellas que no son ni deben ser en uso, conformándolas con el uso y estilo de la su Corte y Chancillería;" sin espresar á quién se hizo este mandato; y aunque generalmente se ha creido que fue al mismo doctor Montalvo, no ha faltado quien suponiendo un hecho que no se afirma en el prólogo, ha tomado ocasion para hacer sospechosa la fé y hon-

radez de este autor, como verémos despues; pero la cédula de los Reyes católicos, que se halla impresa en el ejemplar de la edicion de la obra de Montalvo, que se encuentra en la librería del señor Campomanes, escluye toda duda en la certeza de este hecho.

242 En ella dicen los mismos Soberanos: "Mandamos al dicho doctor de Montalvo que ficiese facer é escrebir muchos de los dichos libros de letra de molde, lo cual él fizo facer." Un testimonio tan terminante y autorizado desmiente la falsa imputacion con que faltando al decoro, reputacion y alto concepto que se merecia el doctor Montalvo por sus distinguidos servicios para con los Reyes don Juan el II, don Enrique IV, y don Fernando y doña Isabel, como Oidor de su Audiencia y Refrendario de su Consejo, le atribuían los doctores Asso y Manuel, en la pág. 13 de su prólogo al ordenamiento de Alcalá, la negra impostura de haber "asegurado en su prólogo que habia trabajado con autoridad real la susodicha coleccion, sin probarlo legítimamente, como convenia, y la facilidad con que sin mas examen se dió crédito á su asercion."

243 Conviene advertir de paso que si esta cédula de los Reyes católicos fue la primera licencia que se dió para la impresion de la obra de Montalvo, como parece por ser tan inmediata al tiempo en que se acabó de escribir, la impresion que se supone hecha en Huete en el año de 1484 debe tenerse por de fecha posterior, pues no era regular que se hiciese antes de haberse conocido los trabajos de Montalvo, y dado la licencia para su impresion.

244 Queda manifestado que ni el doctor Montalvo se atribuyó en su prólogo haber formado la coleccion de las ordenanzas reales de órden de los Reyes católicos, y aun cuando su modestia le hubiera permitido ese corto desahogo de su mérito personal, no se hubiera apropiado una obra que no le pertenecia, asegurándonos los mismos Soberanos en su citada cédula que mandaron al doctor Montalvo que hiciese escribir la espresada obra. Resta ahora ver si los Reyes católicos autorizaron y sancionaron la obra de Montalvo para que se observase y guardase en los tribunales en la decision de las causas.

245 En el año de 1496 pareció en el Concejo ó Diputacion de la ciudad de Vitoria Pedro Martinez de Marquina, procurador de la Diputacion de dicha ciudad, ante su alcalde, y le dijo: "Que por cuanto parece que la voluntad de los Reyes nuestros Señores, es que todos los jueces de sus regnos ejerciesen, ejecutasen y juzgasen todo lo que se contiene en las leyes contenidas en el libro llamado Montalvo, que le pide é requiere que lo vea, é pase é mire, é lea las leyes en él contenidas, con las cuales le pide juzgue é ejecute la justicia, segun é como sus Altezas lo disponen é mandan, asi en lo que atañe á las partes que litigan pleitos ante él, como en lo que consiste á los escribanos é á los letrados, é á sus asesores como abogados de las partes, mandándoles complir las dichas leyes."

246 En otro acuerdo de la misma ciudad del 2 de Marzo de 1489 dijeron los concejales "que por ser obedientes al servicio de sus Altezas, é por cumplir sus mandamientos, acordaron é mandaron pregonar que se guarden é se cumplan las ordenanzas y leyes en el Montalvo contenidas, en lo que mira á los judíos." ¿Podrá ponerse en duda, despues de unos testimonios tan autorizados y decisivos, que copia el señor Marina al número 451 de su Ensayo, que el ordenamiento de Montalvo estaba sancionado por los Reyes católicos, y que querian que sus leyes fuesen observadas en los juicios, como las de otro cualquiera cuerpo legislativo?

247 Para que no se crea que la autoridad de las ordenanzas de Montalvo únicamente se limitaba á la ciudad de Vitoria ó provincia de Alava, de un acuerdo de la villa de Valladolid del año de 1500 consta que los Reyes católicos habian mandado poner en el arca de su Ayuntamiento el libro de Montalvo, juntamente con el de las siete partidas; y en cumplimiento de esta órden mandaron los señores corregidor y regidores librar cierta cantidad de maravedises al librero y encuadernador que vendieron y encuadernaron los libros de las siete partidas, y el de Montalvo; habilitando para ello á Rodrigo de Portillo, mayordomo de los propios, dando por razon, "por cuanto los dichos libros mandan sus Altezas que se compren é pongan en la arca del Concejo de esta villa."

248 En las ordenanzas de Sevilla, comenzadas á copilar por órden de los Reyes católicos en el año de 1502, y concluidas

y confirmadas por el Rey don Fernando y su hija doña Juana en el año de 1512, en el capítulo que tiene por título "de que los alcaldes no tomen dádivas de los litigantes," se concluye "y el que lo contrario ficiere que torne lo que asi recibiere con el diez tanto para los propios de Sevilla, y por la segunda vez sea privado de oficio; y esto se pueda probar por testigos singulares, como lo dispone la ley del reino en el título de los alcaldes, libro 2.º de Montalvo," que es la 8.ª del título 15 del espresado libro 2.º

249 Si unas pruebas tan concretas y convincentes no se tienen por bastantes para persuadir que los Reyes católicos autorizaron y sancionaron el ordenamiento de Montalvo, para que se tuviese como un cuerpo legislativo, y se guardasen y observasen sus leyes en los tribunales, vendriamos á incidir en el absurdo que el P. Burriel, quien tratando de la autoridad de este ordenamiento al fin del número 79 de su carta, tiene la temeridad de afirmar "que aun leyendo la pragmática confirmatoria, firmada de su puño (habla de la Reina católica), si la hubiere, dudaria yo." ¿Podria esperarse de un hombre tan ilustrado como el P. Burriel, y versado en nuestras antigüedades, y que con tanto esmero y utilidad habia trabajado en descubrir verdades y disipar errores, que llevase su empeño hasta el punto de negar una demostracion? A la verdad que un proceder semejante escede los límites de una juiciosa crítica, y degenera en una manifiesta obstinacion en el error.

250 Si se buscan los fundamentos que han movido al P. Burriel para sostener una proposicion tan arrojada y temeraria, se hallará que no son otros que meras conjeturas, fundadas en los dichos de Marcos Salon Burgos de Paz, Rodrigo Suarez, Frankenau y Mesa, y las que él mismo saca del codicilo de la Reina católica, en que mandó se hiciese una coleccion metódica de todas las leyes del reino, de que infiere en el número 79 de su carta que no le satisfizo la coleccion de Montalvo, ni la confirmó y autorizó, á que aumenta que en varias cortes desde el año 1523 hasta el de 1537 se pidió al Emperador mandase hacer otra nueva y mejor recopilacion, atendiendo á los errores y erratas de que estaba lleno el ordenamiento real de Montalvo, lo qne asi se verificó, haciendo el Emperador este encargo al doctor Pedro Lopez de Alcocer, número 78; pero estas dos congeturas son tan débiles que nada aprovechan á su autor, y aun pueden serle contrarias.

251 Si el haber deseado la Reina católica, y mandado que se hiciese una coleccion metódica de todas las leyes del reino, prueba que no confirmó ni autorizó la de Montalvo, igualmente deberia inferirse que tampoco tuvo por auténtica la coleccion del ordenamiento de Alcalá, cuyas leyes quiso que se comprendieran en la nueva coleccion, como leyes que eran propiamente de estos reinos.

252 Las peticiones que hicieron las varias cortes al Emperador Cárlos V igualmente nada prueban para el intento, y en las de Madrid de 1534 fundan su peticion primera en los errores y erratas de que estaba lleno el ordenamiento real del doctor Montalvo, y daños intolerables que causaba su uso en los juicios; lo que prueba con bastante claridad que dichas cortes tuvieron por auténtico el ordenamiento de Montalvo, pues de otro modo no le llamarian real, ni afirmarian que regía y se usaba en los juicios: finalmente demos en este punto al P. Burriel y á los que siguen su opinion el último desengaño.

253 Refieren y copian los Reyes católicos literalmente en la ley 1.ª de Toro la del ordenamiento, y en la parte dispositiva de la misma ley de Toro, mandan aquellos Soberanos que se observen y guarden los ordenamientos: lo que supone que despues del de Alcalá hubo otro ordenamiento, porque de lo contrario no darian el nombre de ordenamientos en plural, al que el Rey don Alonso habia dado el de ordenamiento en singular; y si no fue el de Montalvo, espresen de qué otro ordenamiento debe entenderse la disposicion de las leyes de Toro, y seguramente no lo encontraran.

254 No se me oculta que el P. Burriel, al número 89 de su Carta, hablando de la disposicion de la ley de Toro, en esta parte pretende que dicha ley solo autorizó el ordenamiento de Alcalá y el de Nájera, queriendo dar á entender que estos eran dos ordenamientos distintos, y que á ellos se referia la espresion de la ley, y no al ordenamiento real de Montalvo, y queda tan prendado de su esposicion, que concluye: "Yo no sé qué se pueda responder á esta razon;" á que deberia contestársele que esa no era razon, sino una imaginaria y vo-

luntaria suposicion, porque si el Rey don Alfonso unió á su ordenamiento el de Nájera, en términos de que este último compone el título 32 de aquel, ¿quién autorizó al P. Burriel para que habiendo formado el Rey don Alonso un solo ordenamiento del suyo y del de Nájera, los dividiese, y de uno hiciese dos? Que el Rey don Alonso unió é incorporó el ordenamiento de Nájera con el suyo, haciendo de los dos uno, lo convence el epígrafe del título 32, que dice asi: "De las cosas que el Rey don Alonso en las cortes de Alcalá tiró é declaró, é mandó guardar del ordenamiento que el Emperador don Alonso fizo en las cortes de Nájera," en el que se manifiesta que el Rey don Alonso el XI quitó, declaró y mandó guardar algunas cosas y no todas del ordenamiento de Nájera.

255 Prescindiendo aun de todas estas razones, que persuaden la autoridad legal del ordenamiento de Montalvo, la circunstancia del aprecio que mereció la obra de Montalvo, ofrece un nuevo fundamento de que se consideró como un cuerpo legislativo. Desde que se finalizó, como hemos visto, en la ciudad de Huete el 11 de Noviembre de 1484 la obra de Montalvo, se empezaron á hacer ediciones de ella bajo el título de ordenanzas reales, como consta de impresion hecha en Zamora en 15 de Junio del año siguiente de 85, y en Sevilla se repitió la impresion en los años de 92 y 96, sin otras que se hicieron posteriormente, lo que denota el mucho y frecuente uso que se hacia de dicha obra en los tribunales, aventajándose en este punto al ordenamiento de Alcalá, que ha estado como sepultado en los archivos hasta que por diligencia y esmero de los doctores Asso y Manuel ha visto por primera vez la luz pública en el año 74 del siglo XVIII.

256 Despues de los ordenamientos dispusieron los Reyes católicos que se observasen las pragmáticas hechas por los mismos, y por los Reyes sus antecesores, y por los que sucesivamente lo fuesen, aunque se alegase que no eran usadas. De aqui se infiere que las pragmáticas de que hablan no estaban comprendidas en los ordenamientos, porque de lo contrario habria sido ocioso hicieran espresa mencion de ellas. El libro que se conoce con el título de pragmáticas, de que he visto un ejemplar muy bien conservado, se imprimió el año de 1503, dos antes de la publicacion de las leyes de Toro, y en él se comprenden algunas leyes de los Reyes católicos, de don Juan I y II, y de don Enrique III y IV.

257 En defecto de leyes de los ordenamientos y pragmáticas, quisieron los Reyes católicos que se librasen los pleitos por las del fuero de las leyes, y de los otros municipales de ciudades, villas y lugares, en lo que estuvieren en uso y no fueren contrarias á los dichos ordenamientos y pragmáticas. Acerca de la cualidad de haber de probarse el uso de las leyes de los fueros, para que tengan fuerza coactiva en los tribunales, queda ya notado arriba el error del P. Burriel, que criticaba á Gomez sobre este punto, y últimamente dispusieron, con respecto al órden con que debian observarse los diversos cuerpos legislativos, que á falta de leyes de los ordenamientos, pragmáticas y fueros, se observasen las leyes de las siete partidas, aunque se dijese que no estaban usadas, ni eran guardadas. El lugar y órden que dieron los Reyes católicos á las leyes de partida pone de manifiesto la equivocacion de Gomez en haber sentado al principio de su Comentario á esta ley, que en defecto de las leyes de partida debian regir y observarse las de los fueros, siendo asi que las de estos tenian, estando en uso, órden preferente á las de partida.

258 Aqui acaban los Reyes católicos de espresar los varios cuerpos legales que debian servir para la decision de las causas en los tribunales, y el órden y preferencia que debian guardar; y como entre ellos no se hace espresa mencion de las leyes del estilo, se ofrece la duda de si estas son ó no verdaderas leyes.

259 Marcos Salon Burgos de Paz suscitó esta duda en el número 280 de su Comentario á la ley 1.ª de Toro, y fundado en las diversas razones que alega en los números siguientes, es de parecer que las leyes de estilo por sí, no tienen ninguna autoridad legal, y uno de los fundamentos que propone para su dictámen es que las leyes de estilo son declaratorias de las del fuero real, y como estas no tienen sancion alguna legal por la ley de Toro, si no se acredita su uso, las de estilo no podrán ser de mejor condicion. Que las leyes de estilo sean declaratorias de las del fuero, lo acredita su epígrafe, que dice asi: "Aqui

comienzan las leyes de estilo, que por otra manera se llaman declaracion de las leyes del fuero." Tambien alega Burgos de Paz que no constando que las leyes de estilo hubieran sido formadas por los que tuvieron legítima autoridad para hacerlas, no debian tener fuerza para obligar.

260 Don Cristobal de Paz, abogado de la Chancillería de Valladolid, que formó un grueso volúmen del Comentario á las leyes de estilo, se propone impugnar las razones de Burgos de Paz en la primera parte de la rúbrica de su comentario; y haciéndose cargo del argumento de Burgos de Paz, fundado en que los Reyes católicos no habian hecho mencion de las leyes de estilo, dice que en esto se alucinó, porque en la ley de Toro se dice, que los pleitos deban terminarse por las leyes y sanciones de los Reyes antecesores y sucesores; de que se infiere quién podrá negar que las leyes de estilo sean otras tantas decisiones reales. Pero ¿quién no ve que semejante esposicion lleva en sí una clara y manifiesta implicancia y contradiccion? Porque si las leyes de estilo se deben entender comprendidas implícita y virtualmente, como pretende Paz al número 47 y 48 de la primera parte de la rúbrica, en las palabras de la ley de Toro "Pragmáticas por nos hechas y por los Reyes donde nos venimos." Como á estas pragmáticas se les da el lugar inmediato despues de las leyes de los ordenamientos para la decision de las causas, y despues de ellas quiere que tengan entrada las leyes del fuero real, siendo las leyes de estilo declaratorias, como se ha visto, de las del fuero, se seguiria el intolerable absurdo de que las leyes declaratorias tuvieran autoridad con preferencia de tiempo á las declaradas; lo que vendria á ser lo mismo que si se pretendiese que el substituto debia ser preferido al instituido, ó el referente al relato. De la esencia y naturaleza de toda declaracion es que diga referencia á lo declarado; y asi dudándose de si despues de hecho un testamento en que se habia puesto alguna cláusula obscura, podria declararse sin repetir las solemnidades, dice el jurisconsulto Ulpiano en la 21, §. 1.º *qui testamentum facere &c.*, que tiene potestad para hacerlo; dando por razon què en lo que se declara nada se da de nuevo, sino que se señala lo que se habia dado: *Nihil enim nunc dat, sed datum significat.*

261 No es mas feliz Paz en la solucion que intenta dar á lo que alega Marcos Salon de Paz, de que las leyes de estilo no se hicieron por los Reyes de España, y de consiguiente no tienen ninguna autoridad legal, pues aunque dice Paz al número 72, que este es un argumento indigno del doctísimo autor que le propone, por ser claro que las leyes de estilo las formaron los Reyes don Alonso IX y X, y don Sancho su hijo, don Fernando su nieto, y la Reina doña María, madre de este, y en comprobacion de estos hechos cita la ley 4.ª y la 198 de estilo, en las que todavia puede suscitarse alguna duda, especialmente en la última de si es dimanada de la autoridad real, se hace muy reparable que llegando al número de las leyes de estilo á 252, solo se propongan dos, formadas por los Reyes de España, para acreditar que las 250 restantes estan revestidas de igual autoridad.

262 Se hace tambien cargo Burgos de Paz en el número 288 de la ley 4.ª, tít. 4.º, libro 5.º del ordenamiento real, que ya habia citado antes que es de los Reyes católicos, en la que refiriéndose estos Soberanos á otra de don Enrique IV, que es la 5.ª, título 9, lib. 5.º Recopilacion, afirma que en ella declara las leyes del fuero y lo contenido en el libro del estilo de corte, y las otras leyes que disponen sobre la manera que se ha de tener en los bienes ganados entre el marido y la muger durante el matrimonio; de que pretende inferir que en el libro de estilo de corte comprendió don Enrique IV las leyes de estilo, y de consiguiente reconoció en ellas autoridad legal; á cuyo argumento responde Burgos de Paz, que en la referida ley del ordenamiento no se llaman leyes las del estilo, sino que únicamente se dice, se declara lo contenido en el libro de estilo de corte, que es cosa muy diferente; y aun cuando llamára leyes á las del estilo, no se debia inferir que las habia aprobado, si no constaba por el uso que estaban en observancia, segun dispusieron los Reyes católicos con respecto á las leyes del fuero, porque siendo las leyes de estilo declaratorias de las del fuero, como se ha visto, solo podian tener autoridad legal en las cosas en que la tuvieran las leyes del fuero, que eran las declaradas, y como estas carezcan de ella en todos los casos en que no se probase su uso, se infiere las leyes de

estilo en concepto de declaratorias, no podian gozar de la autoridad legal sino en el caso que la tuvieran las del fuero, á la manera que la declaracion de una ley derogada ninguna autoridad puede conservar despues que se anuló la ley declarada por ella.

263 A estos fundamentos de Burgos de Paz contra la autoridad legal de las leyes de estilo, se puede aumentar otro, á mi parecer harto eficaz y convincente, tomado de la ley 1.ª de Toro, en la que despues de referir los Reyes católicos los diversos cuerpos legales que habian de obtener autoridad para decidir las causas civiles y criminales, mandaron que las leyes que en ellas se contienen, se observen, y no se juzgue por otras algunas; y como entre dichos cuerpos legales no se refieren las leyes de estilo, y por otra parte hacen una inhibicion positiva de que se juzgue por otras leyes que las de los cuerpos de que han hecho mencion, se infiere necesariamente, ó que no tuvieron por leyes las del estilo, ó que las privaron de la sancion legal por el mismo hecho de haber prohibido espresamente que sirviesen para la decision de las causas civiles y criminales otras leyes que las contenidas en los códigos de que habian hecho mencion.

264 Acaso se dirá que este es un argumento negativo, tomado del silencio ú omision de los Reyes católicos en no haber hecho recuerdo de las leyes de estilo, y que el argumento negativo no constituye prueba; pero debe decirse que este argumento no es puramente negativo, sino verdaderamente positivo, porque espresa y positivamente escluye otras leyes que las de los cuerpos que ha referido, como se ve en lo que comunmente sucede en la derogacion de las leyes, cuando positivamente se manda que se observe una ley con esclusion de todas las demas que disponen en la materia, en cuyo caso nadie puede alegar no quedan derogadas en virtud de un precepto positivo todas las leyes anteriores.

265 A quien no basten los fundamentos espuestos para persuadirse que las leyes de estilo carecen de toda autoridad legal, puede leer las sabias y juiciosas reflexiones que hace acerca de este mismo punto el señor don Manuel de Lardizabal en su docto y erudito discurso sobre las penas, capít. 5.º, §. 6.º, núm. 32 y siguientes.

266 Antes de levantar la mano de este asunto me ha parecido recordar que en las cortes que se celebraron en Madrid en 1552 se suplicó á S. M. en la peticion 108, segun lo afirman los doctores Asso y Manuel en la introduccion á las instituciones de Castilla, que resolviese ó acordase cuál de los dos libros, del fuero real ó de las leyes de estilo, ambos legales, debian seguirse en los tribunales, por haberse notado la diversidad de sentencias, que nacia de juzgar unos tribunales por las leyes de estilo y otros por las del fuero real.

267 Parece increible que antes de transcurrido medio siglo de la publicacion de las leyes de Toro, en que tan clara y espresamente se señala la cualidad que debia intervenir en las leyes de fuero real, para que tuviesen autoridad legal, se suscitase la duda de si debian observarse en oposicion á las del estilo, de las que ninguna mencion se habia hecho en la ley de Toro, y que llegase la duda á tal punto que se elevase á noticia del Soberano para su decision, cuando si las leyes de estilo eran declaratorias de las del fuero, como es mas que verisimil, no podia haber oposicion ni contradiccion alguna entre las leyes declaratorias y las declaradas. En tan lastimoso estado estaba entonces la arbitrariedad é ignorancia de los jueces, ó la de los diputados de cortes, pues á unos y á otros se les ocultaba que las leyes del estilo se recopilaron en tiempo de la Reina doña María de Molina, madre del Rey don Fernando IV, ó despues de su muerte, como se infiere en la ley 4.ª y 39, en que se hace mencion de providencias de dicha Reina, y que no constaba que por Rey ninguno de los succesores se hubieran publicado ó sancionado.

268 Prosiguen los Reyes católicos reservándose la potestad y preeminencia de interpretar y declarar las leyes dudosas, como ya lo habia hecho antes el Rey don Alonso en la ley del ordenamiento, lo que en realidad era una consecuencia forzosa de la facultad y derecho que les competia de hacer leyes y sancionarlas; porque solo el que tiene autoridad para hacerlas puede manifestar y declarar el fin que se propuso en su formacion, y la causa que le movió. Haciéndose cargo el Emperador Justiniano en el §. 1.º de la ley 12 (*de legibus*), de la duda que antiguamente se habia suscitado de si la interpretacion de la ley que hacia el Emperador debia tener autoridad

legal, despues de graduar de risible semejante duda, y deseando corregirla, decretó que toda interpretacion que dimanára de la autoridad real en cualquiera materia que fuese, se debia tener por válida, subsistente é indudable, dando por razon que si al Emperador compete la facultad de hacer leyes, solo á él puede pertenecer la autoridad de interpretarlas, y asi dice: *si enim in presenti leges condere soli Imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet*: y poco mas abajo continúa preguntando que á qué fin consultan los jueces las dudas, que de las leyes se les originan, al Emperador, si él no tuviera la facultad de interpretarlas; y siguiendo el mismo concepto, responde interrogando que quién puede desatar los enigmas de las leyes y manifestarlos á todos, sino aquel á quien solamente le compete la autoridad de hacer las leyes. Lo mismo se halla dispuesto en la ley 12 y 14 del tít. 1.º de la part. 1.ª, cuya limitacion ó inhibicion de interpretar las leyes debe entenderse en el concepto de que á nadie le sea permitido apartarse de la mente de la ley, pues en otro sentido no cabe duda que asi al juez, como al jurisconsulto, no le está prohibido interpretar las leyes por medio de una interpretacion doctrinal, pero no legal y canónica, segun lo da á entender Antonio Perez en su Comentario al tít. 14 del código *de legibus*, número 18.

269 Tambien revocaron los Reyes católicos cierta ordenanza que hicieron en Madrid el año de 99, en la cual, hablando de las opiniones de Bartolo, Baldo, Juan Andres y el Abad, se disponia cuál de ellas debia seguirse cuando no hubiese ley que resolviese la duda, fundados en que se les habia informado de que lo que hicieron por estorbar la prolijidad y muchedumbre de las opiniones, habia traido mayor daño é inconveniente.

270 Con fin semejante de abreviar la conclusion de los pleitos y facilitar su decision, publicó el Rey don Juan II una pragmática, que se halla inserta en ley 6.ª, tít. 4.º, lib. 1.º de las ordenanzas reales, ú ordenamiento de Montalvo, en que mandó que los litigantes ó sus letrados no pudiesen alegar por escrito ni de palabra, opinion, determinacion, dicho, autoridad ni glosa de doctor, canonista ni legista, posteriores á Bartolo y Juan Andrés, bajo la pena de privacion de oficio al abogado y procurador que lo contrario hiciere, y al juez que lo consintiere, y que la parte perdiese la causa. Por esta ley no solo se autorizaban y canonizaban las opiniones de los doctores que escribieron hasta los tiempos de Bartolo y Juan Andrés para que no pudieran ser examinadas con el criterio de la razon y la justicia, sino que á los escritores y jurisconsultos posteriores se les fijaron límites en que debian contener sus discursos y meditaciones, lo que en realidad no fue otra cosa que pretender fijar término á la razon y entendimiento humano, que regularmente no debe tener otros que los que le ha prescrito su Criador.

271 Como en la ley del ordenamiento dispuso el Rey don Alonso, que cuando ocurriese alguna duda que no pudiese resolverse por las leyes de los códigos que deja citados, se le haga presente para formar nueva ley, para resolver el caso no comprendido en las antiguas, al mismo tiempo manifiesta que quiere que los libros de los derechos, que los sabios antiguos hicieron, se lean en los estudios generales del reino, porque hay en ellos mucha sabiduría, y desea que sus súbditos se hagan sabios, da sobradamente á entender que su voluntad no era de que las leyes romanas tuviesen autoridad legal en los tribunales del reino, para cuya decision sin duda alguna tuvo presente lo que ordena la ley 9.ª, tít. 1.º, lib. 2.º del código gótico ó fuero juzgo, en que su antecesor el Rey Chindasvinto igualmente recomienda la lectura de leyes estrangeras, por la utilidad y provecho que de ella podia resultar á los naturales del pais, prohibiéndoles espresamente que se hiciese uso de las leyes romanas, ni de ningunas otras estrangeras.

272 Aunque en la ley del ordenamiento solo se contiene una prohibicion implícita y virtual de hacer uso de las leyes romanas, y en las góticas espresa y literalmente se prohibe su uso en la 9.ª, *tít.* 1.º, lib. 2.º del fuero juzgo, sin imponer pena alguna, y en la 10 bajo la multa de treinta libras de oro á la parte que alega la ley, y al juez que no rompiere el libro en que se contenia, no me ha parecido fuera de propósito, antes de concluir este Comentario, examinar la certeza de un hecho que refieren algunos autores nacionales, reducido á que en España hubo una ley, por la que se prohibia bajo pena capital alegar en juicio las leyes romanas.

273 Hace mencion de esta ley Palacios Ruvios al principio del proemio de la rúbrica *de donationibus inter virum et uxorem*, número 19; Gregorio Lopez, en la glosa 2.ª á la ley 6.ª, tít. 4.º, part. 3.ª; Acevedo en la rúbrica del tít. 10, lib. 2.º de la Recopilacion; y Villadiego en la ley 8.ª, título 1.º, lib. 2.º del fuero juzgo; últimamente el Consejo de Castilla en el auto acordado 1.º, tít. 1.º, lib. 2.º del tomo 3.º de la Recopilacion. Como el testimonio á que se refieren Palacios Ruvios y Gregorio Lopez es al jurisconsulto Oldrado, corresponde averiguar el fundamento que tuvo este autor para dar la noticia que refiere.

274 Fue Oldrado de Ponte abogado de la Curia romana, y floreció á mediados del siglo XIV. Este autor en el consejo 79, número 6.º, despues de afirmar que no podia dudarse que muchas ciudades y reinos hicieron leyes y constituciones con el fin de manifestar que no estaban sujetas, ni dependian del Emperador, dice lo que sigue: "*et scio quod inter alias Hispani fecerunt unam, quod quicumque alegaverit legem Imperatoris in judicio, capite puniatur.*"

275 Si consultamos las reglas de crítica es necesario convenir que la noticia de Oldrado está destituida de fundamento, y no merece ninguna fé. No espresa el autor de la ley el tiempo en que se hizo, ni el código en que se insertó, ni el testimonio ó conducto por donde supo el hecho que afirma; y de consiguiente su asercion no tiene otro apoyo que su libre dicho, y por lo tanto no merece se dé crédito á su noticia, segun aquella regla que establece san Agustin, el que en una carta que escribió á san Gerónimo (que es la 82) hablando del crédito que se debe dar á los autores, dice: que aunque firmemente cree que los escritores de los libros canónicos dijeron verdad en cuanto escribieron, á los demas autores, por eminentes que fuesen en santidad y doctrina, no les daba crédito solo porque lo habian dicho.

276 Sin embargo de estas prudentes reflexiones, dimanadas de las reglas de crítica, es forzoso reconocer que en España hubo una ley que imponia pena capital, ó de confiscacion de bienes; pero no era á los que alegasen en juicio las leyes romanas, sino á los gobernadores de las provincias que hiciesen uso de otras leyes en la decision de las causas, que las que se contenian en el código que mandó formar el Rey Godo Alarico.

277 Cuando los godos espelieron de España á los romanos, continuaron los españoles gobernándose por sus antiguas leyes romanas, y los godos por sus usos y costumbres, hasta el tiempo del Rey Godo Eurico, que fue el primero que dió leyes por escrito á los españoles por los años de 469; pero poco satisfecho su hijo y sucesor Alarico de las leyes que habia publicado su padre, dispuso se formase un nuevo código legislativo, en que se redujesen á compendio y estractasen las leyes de los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y las sentencias de Panto, instituciones de Cayo y novelas de varios Emperadores, lo que se ejecutó por medio del Conde Goyarico; y despues que los obispos y magnates aprobaron la copilacion, Aviano, varon respetable, como refrendario ó canciller, habiendo confrontado las leyes del nuevo código con sus originales, las suscribió y se publicaron en Tolosa de Francia el año 22 del reinado de Alarico, que corresponde al de 505. En el decreto de publicacion, dirigido por el Rey al Conde Timoteo y demas gobernadores de las provincias remitiéndoles el nuevo código de leyes, les manda, bajo de pena de muerte ó de confiscacion de bienes, que diesen las providencias necesarias para que en adelante no se reciba ni admita otra ley alguna en los tribunales de su jurisdiccion respectiva; cuyo decreto lo copia á la letra el sabio y laborioso Masdeu en el tomo 1.º de la España Gótica, ilustracion 5.ª, y lo traduce íntegramente del latin al castellano.

278 De lo que queda espuesto se convence que se equivocó Oldrado y los que le siguen cuando afirmó que en España habia ley que prohibiese bajo pena capital alegar en juicio las leyes romanas; pues el decreto del Rey Alarico, en el que se establecia la pena, no la dirigia á los que alegasen las leyes romanas ó cualesquiera otras, sino á los gobernadores de las provincias que se sirviesen para la decision de las causas de otras leyes, fuesen ó no romanas, que de las contenidas en el nuevo código.

279 Nada digo de nuestro famoso código gótico, ó fuero juzgo, porque el señor don Manuel de Lardizabal, en el apreciable y erudito prólogo que ha puesto á la edicion del fuero juzgo, hecha por

primera vez en España en el año de 1815 por la Academia de la lengua, con apreciable y esquisita erudicion señala el origen del fuero gótico, sus progresos y conclusion, la autoridad que tuvo y tiempo de su duracion, el que podrán consultar los curiosos.

Ley II de Toro; es la 4.ª, tít. 1.º, lib. 2.º de la Recopilacion.

Porque nuestra intencion é voluntad es que los letrados en estos nuestros reinos sean principalmente instructos é informados de las dichas leyes de nuestros reinos, pues por ellas é no por otras han de juzgar. Ca nos es fecha relacion, que algunos letrados nos sirven, é otros nos vienen á servir en algunos cargos de justicia, sin haber pasado ni estudiado las dichas leyes é ordenamientos y premáticas y partidas: de lo cual resulta que en la decision de los pleitos é causas algunas veces no se guardan é platican las dichas leyes como se deben guardar é platicar, lo cual es contra nuestro servicio. É porque nuestra intencion é voluntad es de mandar recoger y enmendar los dichos ordenamientos para que se hayan de imprimir é cada uno se pueda aprovechar de ellos por ende por la presente. Ordenamos é mandamos que dentro de un año primero siguiente é dende en adelante contado desde la data de estas nuestras leyes, todos los letrados que hoy son, ó fueren asi del nuestro Consejo, ó Oidores de las nuestras Audiencias é Alcaldes de nuestra Casa é Corte é Chancillerías, ó tienen ó tuvieren otro cualquier cargo, ó administracion de justicia ansi en lo realengo como en lo abadengo, como en las órdenes é behetrías, como en otro cualquier señorío de estos nuestros reinos, no puedan usar de los dichos cargos de justicia, ni tenerlos sin que primeramente hayan pasado ordinariamente las dichas leyes de ordenamientos é premáticas é partidas é fuero real.

COMENTARIO

á la Ley 2.ª de Toro.

1 Dispone esta ley que los letrados que han de servir los cargos de justicia hayan estudiado antes las leyes del reino, ordenamientos, pragmáticas y partidas, á fin de que las guarden y observen en la decision de los pleitos: que dentro de un año, contado desde la publicacion de estas leyes de Toro, todos los letrados que ejercieren algun cargo de administracion de justicia, bien fuesen Consejeros, Oidores, Alcaldes de Casa y Corte y Chancillerías, ó que administrasen justicia en pueblos de realengo, abadengo, de órdenes ó de behetrías, no puedan ejercer ni usar cargos de justicia ni tenerlos, sin que primero hayan pasado ordinariamente las dichas leyes de los ordenamientos, pragmáticas, partidas y fuero real.

2 La disposicion de esta ley está tan clara y terminante, que ninguna duda deja su resolucion; y habiendo ya espuesto en la anterior el orígen y autoridad de cada uno de los cuerpos legales que se mandan estudiar y saber para entrar en los cargos de administracion de justicia, me remito á lo que dejo dicho en el lugar espresado.

3 Acaso se dudará de la inteligencia que debe darse á la ley, cuando dice que han de haber pasado ordinariamente las leyes que cita, esto es, por cuánto tiempo se han de haber empleado en su estudio para instruirse en ellas.

4 El Emperador Justiniano en su primer proemio del Digesto, capítulo *de Notione, et methodo SS.*, nos reguló que para imponerse en los libros de jurisprudencia, que en parte copiló y formó de nuevo, era necesario á lo menos el transcurso de cinco años. Nuestros Reyes católicos en la pragmática que publicaron en Barcelona en 1493, que es la ley 58, y ahora está inserta en la 2.ª, título 9, lib. 3.º de la Recopilacion, dispusieron y mandaron que para poder ejercer cualquier oficio público de administracion de justicia debian hacer constar por testimonio de notario que habian estudiado por espacio de diez años en alguna universidad aprobada en derecho civil ó canónico, y que eran de veinte y seis años de edad, y si de otro modo aceptaban el cargo se les privaba de él, y quedaban inhabilitados para obtener otro alguno.

5 A primera vista resalta la duda de lo que quiso indicar esta pragmática por derecho civil, porque si se limita el significado de esta voz al derecho romano, segun la comun inteligencia que vulgarmente se da á esta palabra, resultaria que sin un prévio conocimiento de nuestras leyes pátrias podria cualquiera ser admitido á

los cargos de administracion de justicia, y resolver los asuntos peculiares nuestros por el derecho civil de los romanos, lo que en ningun modo se hace creible, y por lo tanto la espresion que hace la pragmática, de derecho civil, se debe entender del real y patrio ó del real y romano juntamente.

6 Tambien se echa de ver en la alternativa que usa de que hayan de haber estudiado el derecho civil ó canónico, la poca reflexion con que se concibió la espresada pragmática, por no ser el derecho canónico mas apropósito que el civil de los romanos para decidir y resolver varios puntos peculiares de nuestra jurisprudencia.

7 Aunque posteriormente á esta ley, y particularmente de cuarenta años á esta parte, se han formado algunos métodos para el estudio de la jurisprudencia en las universidades, no se ha variado sustancialmente la disposicion de esta ley, habiéndose dirigido los métodos, mas á designar los autores por donde se habia de estudiar el derecho civil de los romanos, el canónico y el real, que á limitar y acortar el periodo de los diez años.

8 No me detengo á esponer las cualidades de que deben estar adornados los jueces para desempeñar debidamente las funciones de su alto y dificil ministerio, por haberlas manifestado en el discurso que siendo Regente de la Audiencia de Valencia hice el año de 1797, en el dia de la apertura del tribunal, sobre las obligaciones de los jueces.

9 Con motivo de haber elegido el Emperador Justiniano para jueces del pretorio de Constantinopla á abogados instruidos en la ciencia legal, y muy versados en el ejercicio del foro, y conocimiento de causas, segun consta del preámbulo y capítulo 1.º de la novela 82 que dirigió el mismo Emperador á Juan, prefecto de los pretorios del Oriente, se ha suscitado la duda, si para desempeñar las obligaciones de la judicatura son mas apropósito los Abogados versados en la práctica del foro, que los profesores de derecho que no se han ejercitado en la defensa de las causas.

10 Burgos de Paz, en el Comentario á esta ley número 68, afirma, fundado en la novela de Justiniano, que el juez para poder resolver con acierto ha de estar instruido en el arte ó ciencia legal, y en la práctica del foro, de que infiere que los abogados en quienes concurren y se reunen estas dos cualidades deben ser preferidos para los empleos de la magistratura, á los que carecen de la práctica y esperiencia, aunque tengan la conveniente instruccion en las materias legales, porque dice que el juez que no tiene práctica y esperiencia se asemeja á un cojo que no puede andar derecho.

11 Sin entrar á examinar radicalmente los fundamentos de esta opinion, me ceñiré á hacer algunas advertencias que puedan facilitar su resolucion. Aunque es cierto que la ciencia ó arte, acompañada de la práctica y esperiencia, aprovecha mas para sentenciar con acierto las causas, que cuando se carece de esta cualidad, se debe tener presente que la práctica que adquieren los abogados en el ejercicio de su profesion no es principalmente la de juzgar y resolver, sino la de patrocinar y defender, que tanto en el objeto ó fin como en los medios de adquirir, una y otra se distinguen y diferencian, y asi se ve con frecuencia que algunos buenos Abogados no desempeñan con igual acierto los deberes de jueces; un ejemplo hará demostrable esta verdad: los jueces, abogados y catedráticos cultivan y profesan una misma facultad, esto es, la jurisprudencia, y sin embargo nadie dirá que la práctica de juzgar es de considerable utilidad, ni para patrocinar ni para enseñar, y por el contrario la de patrocinar, para enseñar, y lo mismo de las otras, porque el uso que hace el juez de la ciencia legal se dirige á dar á cada uno lo que es suyo y le corresponde, pesados los fundamentos y razones de las partes; el del abogado á defender á su cliente ó pedir lo que se le debe; y el del catedrático á comunicar á sus discípulos la ciencia y conocimientos que ha adquirido con el estudio de la facultad; pero cuando la práctica conspira al mismo fin que la ciencia ó arte, y se adquiere en el ejercicio de ella, no admite la menor duda de que es de mucho auxilio para ejercer con acierto la facultad á que corresponde, porque no hay ninguna ciencia que no adquiera algunos grados de perfeccion con la práctica y esperiencia, y por lo tanto los jueces, como los demas profesores de ciencias, despues de algunos años de tribunal y esperiencia, adquieren y tienen mayor conocimiento que al principio para la resolucion de los negocios.

12 En los tribunales colegiados la falta de esperiencia del nuevo se suple con la

de los antiguos, y auxiliado de los conocimientos que ha adquirido en la facultad, y de su talento y penetracion, á breve tiempo consigue hacerse un escelente magistrado, como lo reconoce el señor Solorzano en el capítulo 4.º del libro 4.º *de jure Indiarum* (testigo bien imparcial en la materia), en donde despues de referir una invectiva de Beyerlinch contra los malos jueces, protesta que no lo dice por ofender á los buenos, que sabe hay bastantes, ni á muchos nobles y literatos sugetos, que saliendo de los colegios y cátedras no muy esperimentados en la práctica ó ejercicio de los cargos de la magistratura, á poco tiempo dan pruebas de su gran ingenio y disposicion, y se hacen escelentes senadores, por lo que afirma el P. Marquez en su Gobernador Cristiano, libro 1.º, capítulo 3.º, que era práctica recibida en España conferir los cargos de la magistratura á esta clase de personas.

13 Resta por último advertir que las leyes de los ordenamientos y pragmáticas quedaron incorporadas en la Recopilacion que se ejecutó y publicó de órden de don Felipe II, año de 1567, de que despues se han repetido varias ediciones.

Ley III de Toro; es la 2.ª, tit. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Ordenamos é mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del señor Rey don Alfonso, que dispone cuantos testigos son menester en el testamento, se entienda é platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legítimos, ora entre herederos estraños: pero en el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales haya de firmar encima de la escritura del dicho testamento ellos y el testador, si supieren ó pudieren firmar, é si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, é mas el signo del escribano. É mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos, y en los codecilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del ordenamiento, los cuales dichos testamentos é codecilos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fé ni prueba en juicio ni fuera del.

COMENTARIO

á la Ley 3.ª de Toro.

1 Dispone la presente ley que la solemnidad que establece la ley del ordenamiento del Rey don Alonso acerca del número de testigos que han de intervenir en el testamento, se entienda en el abierto ó nuncupativo, bien sea entre descendientes legítimos ó herederos estraños; pero en el testamento cerrado quiere que intervengan á lo menos siete testigos con un escribano, todos los cuales hayan de firmar con el testador encima del testamento, y si no supieren firmar, ó el testador no supiere ó no pudiere, manda que los unos firmen por los otros, de manera que haya ocho firmas, y á mas el signo del escribano: ordena igualmente que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos, á lo menos, y en los codicilos la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo ó abierto por dicha ley del ordenamiento, que es la de tres testigos, vecinos del lugar donde se otorga el testamento, con asistencia de un escribano público; y por último declara, que asi los testamentos como los codicilos, en que no interviniere la referida solemnidad de testigos, no hayan fé ni prueba en juicio ni fuera de él.

2 Para venir en conocimiento de la variacion que por esta ley se hizo en la del ordenamiento, que por ella se declaró, será conveniente manifestar antes lo que en esta materia se disponia por las leyes romanas y de las partidas acerca de las solemnidades que debian intervenir en los testamentos.

3 Pasando en silencio el orígen de los testamentos, y los antiguos modos con que se celebraban en los comicios convocados, y por la venta imaginaria que se llamaba *per æs et libram*, de que hace mencion el Emperador Justiniano en sus Instituciones, en el título *de testamentis*, y de los que se otorgaban por los que habian de ir á la guerra, me ceñiré únicamente á referir las solemnidades que por último dispuso el Emperador Justiniano debian intervenir en la celebracion de los testamentos para su subsistencia y valibilidad.

4 De dos modos diferentes podian otor-

garse los testamentos, á saber, por escrito, y de viva voz. El primero se llamaba escrito, y el segundo nuncupativo; las solemnidades unas eran internas, y otras esternas; de la primer clase era la institucion legítima de un heredero hábil, é idóneo: las esternas eran varias, de que hablaré con respecto á cada uno de los dos modos que dejo indicados habia de testar entre los paganos, ó que no eran militares.

5 En el testamento por escrito se requeria como solemnidad esterna que se hiciese en un acto continuado y seguido, sin distraerse á otras cosas no concernientes al asunto; habian de intervenir á mas de esto siete testigos rogados para presenciar el acto, que vieran al testador, y no tuvieran ninguna de las varias escepciones que los escluían de autorizar este acto.

6 Debia ademas el testador escribir por sí el testamento, ó firmarlo, si lo escribia por medio de otro, y si no sabia escribir era necesario se aumentase un testigo mas que firmase por él.

7 Debian tambien firmar en el testamento escrito todos los testigos, y poner un sello, bien fuese suyo ó ageno.

8 En el testamento nuncupativo ó de viva voz, ademas de espresar el testador el nombre del heredero, se requeria que interviniesen siete testigos idóneos y rogados, los que no solo debian ver al testador, sino oirlo y entenderlo. A esto estaban reducidas las solemnidades que se observaban en los dos modos de testar en tiempo del Emperador Justiniano.

9 Nuestras leyes de partida, que por lo comun siguen las disposiciones del derecho civil, establecieron las solemnidades que habian de intervenir en los dos modos de testar, ó especie de testamento, y dispusieron en el testamento por escrito intervinieran siete testigos idóneos y rogados, y que cada uno escribiese su nombre al fin del testamento, y por el que no supiese escribir firmase otro de su mandado, en lo que se apartaron del derecho civil; y que ademas sellasen con su sello propio el testamento, y si no lo tuviesen se valiesen de otro, y por último que el testador pusiese su nombre, ó si no sabia escribir, ó no pudiese, otro lo hiciese por él.

10 Tambien señalan el modo con que se puede testar por escrito en puridad ó secreto, reducido á que despues de haber escrito por sí, ó por medio de otro su testamento, debe cerrarlo con siete cuerdas, que deberán quedar pendientes para que pongan los testigos otros tantos sellos, y dejar papel para que puedan firmar sus nombres, y mostrándoles el testamento doblado manifestarles que aquel es su testamento, y rogarles que le sirvan de testigos firmándolo con sus nombres y sellándolo; y despues de ellos, y en su presencia debe el testador escribir su nombre, diciendo: que aquel es el testamento que él hizo ó mandó escribir.

11 En el testamento nuncupativo ó de viva voz ordenan que el testador claramente esprese ante siete testigos el nombre de su heredero, y cómo ordena y dispone de sus bienes, y finalmente conformándose con el derecho civil, establecen que el acto de testar ha de ser continuado, sin que se pueda interrumpir, á no ser para ejercer alguna funcion de las naturales, todo lo cual se previene en las leyes 1.ª 2.ª y 3.ª, tít. 1.º, partida 6.ª

12 Estas eran las solemnidades que tanto por derecho real de las partidas, como por el civil de los romanos debian intervenir en los testamentos de los ciudadanos, ó de personas no privilegiadas; pero como en el del ciego, aunque no era de la clase de estos, mediaban ciertas particularidades, dispuso el Emperador Justiniano en la ley 8.ª, C. *Qui testamentum facere &c.* las solemnidades que se habian de observar en el testamento del ciego á fin de precaver los fraudes que podian cometerse en su celebracion.

13 Como el ciego no podia escribir ni leer lo que otro hubiese escrito, era preciso que otorgase su testamento nuncupativamente ó de viva voz. En esta suposicion quiso Justiniano que al número ordinario de los siete testigos que intervenian en los demas testamentos se aumentase la presencia de un escribano, y que delante de ellos, habiendo sido rogados, nombrase el testador á su heredero, manifestando las cualidades de su persona para evitar toda duda, y espresase, caso que fueran muchos, las partes que habian de tener en su herencia, y lo mismo debia observarse en cuanto á los legatarios, lo que reduciria á escrito el escribano, y lo firmaria este, y demas testigos, y pondrian sus sellos.

14 En el caso que el ciego quisiese anticipadamente hacer escribir su testamento, podia valerse de quien le pareciese, pero

debia leerse por el escribano en presencia de siete testigos rogados, y autorizarlo estos en la forma que queda espresada, manifestando el testador ser aquella su voluntad; y no encontrándose escribano debia asistir al acto un octavo testigo que supliese las veces de aquel en los dos casos espresados.

15 La ley 14, tít. 1.º de la partida 6.ª sigue en todo la disposicion del derecho civil.

16 Apartándose las partidas del derecho comun, permiten que dos solos testigos sean suficientes en el testamento en que el padre ó ascendiente instituye por herederos á sus hijos ó descendientes, segun la ley 7.ª del citado título, y tambien permiten que si el aldeano quisiese hacer testamento por escrito, y en el lugar no se encontraren siete testigos que supiesen escribir basten cinco que sean rogados, y firmen sus nombres, y si todos no supiesen escribir firme uno por los demas; previniendo que el testamento que se otorga ante testigos que no saben todos escribir no se pueda hacer en puridad ó secreto, sino que ha de leerse paladinamente delante de los testigos.

17 El fuero real, que se formó por el mismo autor que el de las partidas para que sirviese de precursor á estas, únicamente dispone en la ley 1.ª, tít. 5.º, lib. 3.º, que el testamento se haga por escrito valiéndose de escribano publico, ó por otro que sepa escribir, y que lo selle el testador con su sello conocido, que sea de creer, ó por buenos testigos, y en la 8.ª del mismo título deja á la voluntad del testador el numero de testigos que han de presenciar el testamento, y únicamente pide que sean rogados para el acto, y que de otro modo no valga la disposicion.

18 Omito hacer mencion de lo que ordenaba el fuero juzgo acerca de la solemnidad de los testamentos, porque ni fijaba el número de testigos, ni guardaban sus leyes correlacion con lo dispuesto por las civiles, que seguían las partidas, como puede verse en la ley 12 y siguientes, tít. 5.º del lib. 2.º

19 No conformándose el Rey don Alonso el XI con las disposiciones del derecho civil y de las partidas acerca de las solemnidades que habian de intervenir en los testamentos, estableció en la ley unica del tít. 19 del ordenamiento que formó en las cortes celebradas en Alcalá de Henares año de 1348, que si alguno ordenare su testamento ú otra postrimera voluntad en cualquiera manera con escribano público, debiesen estar presentes al otorgamiento tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde se otorgase; y si no interviniese escribano público, fuesen á lo menos cinco los testigos, tambien vecinos, si el lugar fuese tal que se pudiesen encontrar en él; pero si fuese tan pequeño que no pudiesen encontrarse los cinco, bastaria que por lo menos fuesen tres los testigos para que fuese válido lo que dispusiese en su última voluntad.

20 Como por esta ley no se espresaba si la solemnidad que pedia de testigos comprendia ó no el testamento que se otorgaba por escrito, fue preciso que la presente ley de Toro declarase este y otros puntos concernientes á la materia, en los términos que se ha manifestado al principio, compendiando la espresada ley.

21 Por último el señor don Felipe II en el año de 1566 alteró en parte la disposicion de la ley del ordenamiento, y tambien la de Toro que la confirmaba, disponiendo que aunque los testigos no tuviesen la cualidad de vecinos del lugar, estando adornados de las cualidades que por derecho se requieren, y aunque no interviniese escribano público, el testamento otorgado ante ellos fuese válido y subsistente como se previene en la ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, donde tambien se inserta la ley del ordenamiento.

22 Habiendo manifestado la variacion que ha habido entre el derecho civil y Real, en cuanto á las solemnidades que deben intervenir en la celebracion de los testamentos, y el estado actual á que han quedado últimamente reducidas, corresponde tratar ahora de las dudas que pueden ocurrir en su observancia y ejecucion.

23 Es duda en esta ley si mandándose en ella que en el testamento cerrado, ó *in scriptis*, intervengan siete testigos con un escribano, y que hayan de firmar todos en el modo que se espresa juntamente con el testadôr, y ademas que ponga su signo el escribano, estará comprendido en su disposicion el testamento que el padre haga por escrito entre sus hijos.

24 Gregorio Lopez en la ley 7.ª, tít. 1.º, partida 6.ª, glosa 2.ª; Antonio Gomez en el número 59 y siguientes del comentario á esta ley, y Matienzo en la ley 2.ª, tít. 4.º,

lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 1.ª, número 4.º y siguientes escitan esta duda, y resuelven contestes que el testamento que el padre haga entre sus hijos, sin observar la solemnidad de los testigos en la forma dispuesta por la presente ley, será nulo y de ningun efecto.

25 Nace esta duda de que habiendo declarado la presente ley que la solemnidad de testigos que exige la de ordenamiento sea y se entienda únicamente en el testamento nuncupativo, bien sea entre estraños, ó entre hijos para aseñalar las solemnidades del testamento *in scriptis*, y lo hace en términos generales sin distinguir en los dos casos antes espresados.

26 La razon á mi parecer mas convincente en que apoyan su opinion los referidos autores, se funda en que siendo mayor la causa que hay para aumentar el número de testigos en el testamento *in scriptis* que en el nuncupativo, por estar mas espuesto á fraudes aquel, que este que se lee á los testigos, si en el testamento *in scriptis* entre hijos bastasen dos testigos, y en el nuncupativo entre los mismos fuesen necesarios cinco, se seguiria que se requeria mayor solemnidad de testigos en el testamento nuncupativo entre hijos, menos susceptible de falsedad, que en el *in scriptis* entre los mismos, que estaba mas espuesto á fraudes, lo que repugna á la recta razon.

27 De lo dicho se infiere han quedado derogadas por la presente ley la del derecho civil y la de la partida, que se han citado, y por lo tanto el testamento que haga el padre entre sus hijos por escrito está sujeto á la misma solemnidad de testigos que si lo hiciera entre los estraños.

28 Dudan tambien los espositores si habiendo ordenado la presente ley que en los codicilos intervenga la misma solemnidad de testigos que se requiere en el testamento nuncupativo, deberá estenderse esta disposicion á los codicilos que se hagan por escrito.

29 Para la resolucion de esta duda se ha de tener presente que en el GG. 3.º, institucion *de codicilis*, se dice que en estos no se requiere ninguna solemnidad de órden, y en la ley 8.ª, tít. 36, C. *de codicilis* SS. último, se resuelve por punto general que en toda última voluntad que no sea testamento, bien se haga por escrito ó de palabra, han de intervenir cinco testigos rogados ó casualmente encontrados, los que deben subscribir si el acto se hace por escrito. En la ley 1.ª y última, tít. 12, partida 6.ª, se repite virtualmente la disposicion de la ley del código.

30 Gregorio Lopez en la ley 3.ª, título 12, partida 6.ª, glosa 2.ª; Antonio Gomez en el número 69 del comentario á esta ley, y Matienzo en la ley 2.ª, glosa 9, núm. 5.º del tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, sostienen que la disposicion de la ley de Toro no se estendió á los codicilos que se hacen por escrito, los que deberán otorgarse, segun la disposicion del derecho civil y del de partida, ante cinco testigos, que firmarán sus nombres.

31 Los fundamentos que substancialmente alegan estos autores para apoyo de su opinion se reducen á que la presente ley declaró que la disposicion de la del ordenamiento se entendiese del testamento nuncupativo, y no del escrito, cuya solemnidad esplicó, y á continuacion pasa á tratar del testamento del ciego, y de los codicilos, siguiendo el contexto de la ley del ordenamiento que habla del testamento nuncupativo, pues el ciego no puede testar sino nuncupativamente, de que infieren que habló de los codicilos nuncupativos, y no de los que se otorgan por escrito, y de consiguiente omitido el caso de los codicilos por escrito en la declaracion de esta ley, deben quedar sujetos á la disposicion del derecho comun; de todo lo cual concluyen que por derecho real se requieren en los codicilos por escrito cinco testigos y sus subscripciones.

32 Aunque á primera vista presente este raciocinio alguna apariencia de solidez, si bien se reflexiona nada prueba, y fácilmente se puede convertir contra los mismos autores que lo forman.

33 Cuando habla la ley en términos generales de la solemnidad de testigos del testamento que se hace por escrito, afirman dichos autores que su disposicion comprende y se estiende al testamento que el padre hace por escrito entre sus hijos (como queda manifestado en la duda antecedente), sin que el silencio que la ley guarda en declarar este caso lo tengan por suficiente para no ser comprendido en su disposicion. ¿Pues qué razon hay para que hablando la ley en términos generales de los codicilos no se estienda su disposicion tanto á los que se hacen por escrito como nuncupativamente?

34 Tambien se valen en la duda ante-

cedente para corroborar su sentencia de otra razon, que igualmente obra contra los mismos en la opinion que siguen en la duda presente: afirman, y no sin fundamento, que si en el testamento que el padre hace por escrito entre sus hijos se pidiese menor solemnidad de testigos, que en el que se hace nuncupativamente entre los mismos, se incidiria en el absurdo de que estaria mas espuesto á fraudes el testamento por escrito que el nuncupativo, si se requiriese en este mayor solemnidad de testigos que en aquel.

35 Si esta razon la tienen por eficaz (como en realidad lo es), ¿cómo podrán negar que exigiendo mayor solemnidad de testigos en el codicilo por escrito que en el testamento nuncupativo, inciden igualmente en el absurdo de que siendo de mayor importancia sin comparacion el testamento nuncupativo que el codicilo por escrito, como espresamente se declara, y evidentemente se convence del SS. 2.º, institucion *de codicilis*, requieran y crean suficiente menor solemnidad de testigos en este que en aquel?

36 Aun hay á mi parecer otra razon mas eficaz deducida de la letra de la ley, que persuade la falsedad de la opinion de estos autores, y convence la certeza de la contraria, y no tengo presente hayan hecho uso de ella.

37 Cuando la presente ley declara el género de testamento de que debe entenderse que habla la disposicion de la ley del ordenamiento lo espresa diciendo en número singular, que del testamento nuncupativo, y del mismo modo se esplica cuando señala la solemnidad que ha de intervenir en el testamento por escrito; pero cuando trata de la que se debia observar en el codicilo no usa de esta palabra en número singular, como parecia debia hacerlo, segun lo habia hecho hablando del testamento nuncupativo, y por escrito, sino que se vale y usa del numero plural de codicilos, con el fin, sin duda, de comprender en este número los dos géneros de codicilos nuncupativo y por escrito.

38 A la verdad no se alcanza qué otro motivo pudo haber tenido la ley para esplicarse con esta diferencia y variedad, porque si la espresion de testamento nuncupativo comprendia todos los de esta clase, y la del testamento por escrito todos los de la suya, ¿qué razon pudo tener para no usar de la voz codicilo en singular con el adietamiento de nuncupativo, que se limitase á todos los que se otorgaban de este modo, sino el haber sido su ánimo é intencion, manifestada por las palabras, de que valiéndose del nombre de codicilos en número plural, fuesen comprendidos en su disposicion todos los que se otorgaban tanto por escrito como nuncupativamente ó de palabra?

39 El deseo de sutilizar y suscitar dudas en la inteligencia de las leyes ha hecho se ponga en cuestion si en el testamento que se hace por escrito es necesario que los testigos tengan la cualidad de vecinos del pueblo. Búrgos de Paz en la parte primera del comentario á esta ley, número 532; Tello en la parte segunda, numero 15; Acevedo en la ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 33, y Matienzo en la ley 2.ª del mismo título y libro, glosa 3.ª, opinan que no es necesario tengan los testigos la cualidad de vecinos; pero á pesar del concepto que se merecen los citados autores, soy de parecer que los testigos del testamento escrito, asi como los del nuncupativo, deben ser vecinos del mismo pueblo.

40 El fundamento de esta opinion se deduce de la misma ley; en ella se declara que la solemnidad de la del ordenamiento se ha de entender del testamento nuncupativo, y á continuacion pasa á señalar la que se debe observar en el testamento escrito, reducida á aumentar el número de testigos, y fijar las firmas, que han de poner sin hacer espresion ninguna alusiva á variar su cualidad; lo que persuade que asi como en el testamento nuncupativo debian tener los testigos la cualidad de vecinos, del mismo modo debia intervenir en los que lo fuesen del testamento por escrito.

41 Aun se corrobora mas este raciocinio con la misma ley del ordenamiento, en la que reduciendo el número de testigos que antes se requeria por el derecho comun y de partidas, tanto en el testamento por escrito como nuncupativo, no varió nada acerca de su cualidad, y por lo tanto se consideran escluidas las mugeres, porque lo estaban por derecho civil y de partidas; con que por igual razon no habiendo hecho la ley de Toro otra cosa sino aumentar el número de testigos en el testamento escrito, se debe suponer que nada alteró acerca de la cualidad que en ellos se requeria por la ley del ordenamiento en el testamento nuncupativo.

42 Mas claro, el silencio de la ley del ordenamiento acerca de la cualidad de los testigos, cuando disminuyó su número con respecto al que se necesitaba por derecho civil y de partidas, presenta un argumento convincente de que los que estaban escluidos por las leyes civiles y de partidas quedaron igualmente escluidos por la del ordenamiento; con que por igual razon el silencio de la ley de Toro acerca de la cualidad de los testigos, que se requeria por la ley del ordenamiento en el testamento nuncupativo, cuando aumentó su número con respecto al testamento escrito, presenta un argumento igualmente convincente de que los que estaban escluidos por la ley del ordenamiento en el testamento nuncupativo deben estarlo del mismo modo en el escrito, y de consiguiente asi como en el primero estaban escluidos los que no tenian la cualidad de vecinos, tambien estarlo en el segundo los que carecen de ella. En suma si cuando se reduce el número de testigos se supone que no se varía en la cualidad de sus personas, ¿por qué razon cuando se aumenta se ha de pretender que hay variacion en ella?

43 Mas fundada se presenta la duda de si los testigos en uno y otro testamento deberán ser rogados por el testador. Palacios Ruvios al número 66, y Matienzo en la ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 8.ª, número 7.º y 8.º, y en la ley 2.ª, glosa 2.ª, número 3.º se inclinan á que no hay necesidad de que espresamente sean rogados, suponiendo Matienzo que por el hecho de escribir sus nombres en el testamento se presume que lo han sido.

44 Con mas seguridad afirma Gomez en el número 29 de su comentario de que no hay precision de que sean rogados los testigos: las razones en que funda su opinion se reducen á que la presente ley, que establece las solemnidades del testamento escrito, no exije esta cualidad en los testigos, y la del ordenamiento que señala las del testamento nuncupativo tampoco la pide; pero contra esto puede decirse que ninguna de las dos citadas leyes escluyen espresa y determinadamente á las mugeres de poder ser testigos en los testamentos, y sin embargo el mismo Gomez y los demas comentadores las suponen escluidas.

45 Aunque tengo por mas cierta esta opinion negativa que la afirmativa que defiende Búrgos de Paz en la parte primera del comentario á esta ley, número 550, me persuado que la razon mas á propósito para fundarla se ha de tomar del ningun influjo que tiene la cualidad de ser rogados los testigos para la seguridad y certeza de los testamentos, ni para dar mayor autoridad y crédito á las personas de los testigos, lo que ha hecho sin duda que se mire como una mera sutileza de derecho, y de ninguna importancia, y que se haya creido que basta que implícita y virtualmente se entienda rogados los testigos por el hecho de oir leer la disposicion del testador en el testamento nuncupativo, y de firmar sus nombres en el escrito; por lo que en la práctica generalmente recibida en el modo de testar no se cuida de espresar si han sido rogados ó no los testigos.

46 Tambien puede deducirse otra razon de la disposicion de don Felipe II en las cortes de Madrid de 1566, que se halla inserta, como queda dicho, en la ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, en la que ordenó este Príncipe que cuando el testamento nuncupativo se hiciera ante siete testigos, no fuese necesario que tuviesen la cualidad de vecinos del pueblo, teniendo (son sus palabras) las otras cualidades que el derecho requiere; y como por esta espresion es preciso reconocer que por el nombre de derecho, ó se refiere al de los romanos, ó al real de las partidas, y como por uno y otro se requiere que sean rogados los testigos en los testamentos, se sigue por una consecuencia necesaria que solo en este caso de hacerse el testamento ante siete testigos, que es una escepcion de la regla establecida por la ley del ordenamiento y la de Toro, quiere que se observen las demas calidades que el derecho requiere, entre las cuales se cuenta la de que sean rogados los testigos; y como las escepciones confirman las reglas en contrario, es claro, que cuando en el caso de la escepcion quiere que sean rogados los testigos, en el caso de la regla no pide en ellos esta cualidad.

47 De aqui debe inferirse, como observa Tello á otro propósito en el número 16 de la parte 1.ª del comentario á esta ley, que en ella no se precisa á ordenar el testamento segun su disposicion, sino en caso de que no quiera testar con arreglo al derecho comun; lo que podrá ser cierto en cuanto al testamento nuncupativo, pero no en cuanto al escrito, donde necesaria y

precisamente ha de intervenir escribano publico.

48 La nimia adhesion de nuestros comentadores á las disposiciones del derecho romano les ha hecho poner en duda, si en los codicilos podrá ser testigo la muger.

49 Palacios Ruvios en el número 34 del comentario á esta ley, Burgos de Paz en la parte 4.ª, número 1349, y Antonio Gomez en el número 7.º positivamente afirman que en los codicilos pueden ser testigos las mugeres.

50 Las razones en que apoyan su opinion vienen á reducirse á glosas de los comentadores del derecho romano; pero esto es tan dudoso é incierto entre los mismos comentadores, que Vinio en el SS. 3.º de las Instituciones, tít. de los codicilos, número 3.º, espresamente manifiesta que las mugeres estan escluidas de poder ser testigos en los codicilos.

51 Para evadirse los citados autores del argumento que puede sacarse, contra su opinion, de la presente ley de Toro, que iguala los codicilos á los testamentos en cuanto á la solemnidad, quieren que esto sea y se entienda en cuanto al numero de testigos, pero no en cuanto á su calidad.

52 Esta esposicion en primer lugar es arbitraria, porque habiando la ley en términos generales de que en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo, no hay razon para contraer y limitar sus palabras á la solemnidad del número, y no á la de la cualidad, contra aquel principio sentado, que donde la ley no distingue se debe entender generalmente su disposicion.

53 No se opone á esto el que al principio de la ley se diga que la disposicion de la del ordenamiento era acerca del número de testigos que se requieren en el testamento, y en las últimas palabras se diga que los dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fé ni prueba en juicio, ni fuera de él, porque si en estos dos lugares se hubiese de entender que hablaba la ley de la solemnidad de testigos en cuanto al numero de ellos, y no en cuanto á la calidad, comprendiéndose especialmente en las ultimas el testamento nuncupativo y el escrito, era forzoso decir que en estos bastaba interviniese el número señalado de testigos, aunque no tuviesen la cualidad de varones, lo que era un manifiesto absurdo.

54 Con mas conocimiento resolvió esta duda el señor Molina en el libro 2.º, capítulo 8.º *de primogenitis*, número 24 y siguientes, donde prueba con sólidas razones que en los codicilos por la ley de Toro estan escluidas de ser testigos las mugeres. Entre otras razones de que se vale para probar su opinion, é impugnar la esposicion que hacen los contrarios, pretendiendo que la identidad ó semejanza de solemnidad entre el testamento nuncupativo y los codicilos está en cuanto al número de testigos, pero no en cuanto á la calidad, dice que si esto fuera cierto se seguiria que no era necesario que los testigos en los codicilos tuviesen la cualidad de vecinos del pueblo, lo que asegura que es un absurdo tan grande, que hasta ahora no lo ha dicho ninguno de los espositores nacionales, y antes bien han sentado lo contrario; lo que en realidad es asi, pues Burgos de Paz que como hemos visto sigue la opinion contraria al señor Molina, afirma en la parte 4.ª, número 1356, SS. 5.ª, en términos espresos que aunque por la presente ley sean bastantes tres testigos con el escribano para otorgar codicilo, es del todo necesario que sean vecinos del pueblo; si es pues necesaria en los testigos la cualidad de vecinos del pueblo, es forzoso decir que la identidad ó semejanza de solemnidad que quiere la ley intervenga entre los codicilos y el testamento nuncupativo no solo es en cuanto al número de testigos, sino que se estiende tambien á su cualidad. Que la ley iguale los codicilos con el testamento nuncupativo no menos en la cualidad de los testigos que en su número lo persuade hasta la evidencia la siguiente reflexion: nadie ha puesto en duda que habiendo escribano público en el pueblo deba intervenir para otorgar el codicilo ante tres testigos, por disponerlo asi la ley en términos espresos, y pregunto ¿la solemnidad de escribano público pertenece al número de testigos ó á su cualidad? Seguramente pertenece á esta; con que la igualdad que ordenó la ley no solo fue en cuanto al número de testigos, sino en cuanto á su cualidad.

55 Aun es mas convincente otro argumento de que se vale el señor Molina para probar que por derecho real no pueden las mugeres ser testigos en los codicilos, sacado de la ley 10, tít. 1.º, partida 6.ª, en donde tratando de si el hermafrodita puede

ser testigo, dice: que si tira mas á natura de muger que de varon no puede ser testigo en testamento ni en todas las otras mandas que home ficiere; mas si se acostase mas á natura de varon entonces bien puede ser testigo en testamento ó en todas las otras mandas que home ficiere; por cuyas palabras se manifiesta hasta la evidencia que las mugeres no pueden ser testigos en los codicilos, no pudiéndose poner en duda que por todas las otras mandas comprendió la ley á los codicilos.

56 Tello Fernandez en la 4.ª parte, número 22, del comentario á esta ley, y Matienzo en la ley 2.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 9.ª, núm. 8 y siguientes, son de la misma opinion, con la diferencia de que Tello escribió antes que el señor Molina, y Matienzo despues.

57 Un moderno en estos dias ha reproducido la opinion de Gomez contentándose con copiar sus razones.

58 Para la mejor inteligencia de esta ley en lo que falta por decir se debe advertir que en realidad y propiamente hablando no es declaratoria de la del ordenamiento, sino correctoria, como fácilmente se echa de ver de la generalidad con que la ley del ordenamiento concibe su disposicion: si alguno, dice, ordenare su testamento ú otra su postrimera voluntad en cualquier manera con escribano público &c., en cuyas palabras no cabe la menor duda, quiso comprender y comprendió tanto el testamento escrito, como el nuncupativo, y de consiguiente los sujetó á una misma idéntica solemnidad, asi del número de testigos como de sus cualidades, y por lo tanto cuando la presente ley limitó la solemnidad de la ley del ordenamiento al testamento nuncupativo, corrigió y enmendó la disposicion de la misma en cuanto al testamento escrito, señalándole diversas solemnidades.

59 No solo es la presente ley correctoria de la del ordenamiento en lo que se ha notado, sino tambien en la parte que dispone que en el testamento del ciego intervengan á lo menos cinco testigos. Para convencerse de esta verdad basta tener presente lo que anteriormente se ha dicho, de que la disposicion de la ley del ordenamiento comprendia todo testamento ó última voluntad sin hacer diferencia alguna entre el testamento nuncupativo, escrito, del ciego, ó codicilo, y de consiguiente asi como si la ley de Toro no hubiera escluido el testamento por escrito de la disposicion de la ley del ordenamiento hubiera quedado comprendido en ella, del mismo modo si no hubiese escluido igualmente de ella el testamento del ciego, habria quedado tambien comprendido en dicha disposicion, y en tal caso bastaria que el testamento del ciego se otorgase ante tres testigos y un escribano, como se disponia por punto general para todos los testamentos y demas últimas voluntades; pero por el hecho de haber ordenado la presente ley que en el testamento del ciego intervengan á lo menos cinco testigos, se ve que en esta parte fue correctoria esta ley de la disposicion de la del ordenamiento que tenia por suficiente el número de tres testigos y un escribano.

60 Sentada esta esposicion tan conforme á la letra y espíritu de la ley, corresponde entrar á examinar la duda suscitada por los comentadores, de si en virtud de la presente ley es necesario que intervenga escribano público en el testamento del ciego.

61 Burgos de Paz en la parte 3.ª, número 1304 del comentario á la presente ley afirma que el ciego no puede testar nuncupativamente ante cinco testigos, sin que en ellos se halle un escribano público. Tello en la parte 4.ª, número 23, del mismo comentario pretende que aunque por esta ley se disminuyó el número de testigos que se requerian en el testamento del ciego, no se variaron las demas solemnidades que se ordenaban por la ley 8.ª C. *Qui testamentum facere potest*, de que infiere que necesariamente ha de intervenir escribano público, y aun añade que el testamento del ciego precisamente se ha de reducir á escrito en el acto de su otorgamiento, sin que pueda probarse por testigos. Matienzo en la glosa 8.ª del título y libro citados, número 3 y 4, reconoce igualmente la necesidad de que en el testamento del ciego intervenga escribano público.

62 Todo el fundamento de su opinion lo ponen los citados autores en la ley espresada del código, y en la de las partidas, que se conforma con ella; pero si la ley del ordenamiento corrigió ya estas leyes, como se ha manifestado arriba, cuando estableció por punto general que en todos los testamentos y últimas voluntades fuese suficiente el número de cinco testi-

gos sin escribano, ó de tres con intervencion de este, es manifiestamente falso que despues de publicada la ley del ordenamiento fuese necesario la existencia de escribano público en el testamento del ciego, segun se disponia en la ley civil citada y en la de las partidas, que quedaron derogadas por ella en esta parte.

63 Ahora bien, si por la ley del ordenamiento se corrigió la disposicion de la del código y de las partidas en la parte que ordenaban que en el testamento del ciego interviniese un escribano público, y por la presente ley no se ha renovado lo dispuesto por las espresadas leyes, contentándose la de Toro con mandar que en el testamento del ciego intervengan á lo menos cinco testigos, ¿no será un manifiesto absurdo pretender é inferir que no habiendo derogado la presente ley la disposicion de las del código y de las partidas está en su fuerza y vigor dicha disposicion?

64 Un ejemplo hará aun mas perceptible esta verdad. La ley 5.ª de Toro permitió al hijo de familias mayor de 14 años otorgar su testamento como si estuviera fuera de la patria potestad, por cuya disposicion quedaron derogadas la ley 6.ª ff *Qui testamenta facere &c.*, y la 13, título 1.º, partida 6.ª, que ordenaban lo contrario, pregunto, ¿no seria el mas conocido absurdo inferir que no habiendo la ley 3.ª de Toro derogado la prohibicion que tenia el hijo de familias de poder testar, estaba inhibido de hacerlo despues de la disposicion de la ley?

65 Febrero en la Librería de escribanos, cap. 1.º, SS. 19, núm. 218 y siguiente adopta la opinion de los autores referidos, é insiste en que la ley del código y de las partidas no estan derogadas ni corregidas por derecho mas nuevo. Con mas discernimiento procedió en este punto el señor Gregorio Lopez, quien en la glosa 4.ª de la citada ley 14, tít. 1.º, partida 6.ª afirma positivamente que en el testamento del ciego no es necesaria la asistencia de escribano público, y lo mismo opina Gomez al número 50.

66 Tambien es duda que se suscita acerca de la inteligencia de la presente ley, si en el codicilo del ciego ha de intervenir la misma solemnidad de testigos que se requiere en su testamento, ó será bastante que asista igual numero de testigos que en los demas codicilos. Burgos de Paz en la parte 3.ª, número 1320 y siguientes, defiende que en el codicilo del ciego no se requiere mayor solemnidad de testigos que en los demas codicilos, y Acebedo en la ley 2.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 29 y 31, sigue la misma opinion, la que tengo por verdadera y mas conforme á la letra de la ley, la que despues de mandar que en el testamento del ciego interviniesen cinco testigos á lo menos, continúa diciendo que en los codicilos intervenga la misma solemnidad que se requiere en el testamento nuncupativo, de cuya espresion literal debe inferirse que si hubiera querido que en el codicilo del ciego interviniese alguna solemnidad particular la hubiera espresado, como lo hizo hablando del testamento, y no se hubiera espresado en términos generales, comprendiendo los codicilos en comun.

67 Antes de pasar de aqui conviene tener presente que ni por las leyes del derecho civil ni por las del real se establece diversa solemnidad para los codicilos que se hagan por escrito y los nuncupativos, sino que para unos y otros requiere la ley 8.ª C. *de codicillis* el número de cinco testigos; y lo mismo dispone la ley 1.ª, tít. 12, pag. 6., y la presente ley de Toro generalmente ordena que en los codicilos se observe la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo; pero habiéndose especificado por ella la solemnidad del testamento escrito, parecia consiguiente que en los codicilos que se otorgasen por escrito, á semejanza de los testamentos cerrados, se observase tambien cierta solemnidad que guardase semejanza con la del testamento cerrado ó por escrito, y ciertamente la hay, y se reduce á que los testigos del codicilo cerrado ó por escrito han de firmar sus nombres en el mismo, como se practica en el testamento escrito, pues no constándoles la voluntad del otorgante no podia asegurarse de otro modo la certeza é identidad del instrumento, si en el acto de ser constituidos testigos no firmasen sus nombres; y no perteneciendo esta solemnidad, ni al número de testigos ni á su calidad, se deduce que en cuanto á estos dos puntos se debe estar á lo dispuesto en la presente ley, que arregló la solemnidad de los codicilos, á la que se observaba en el testamento nuncupativo; y como repugna á la naturaleza del codicilo cerrado ó escrito, el que no contenga

su disposicion por escrito, y ademas es indispensable que se acredite la identidad del instrumento que el otorgante presentó á los testigos, lo que hace preciso que intervengan las suscripciones de los mismos para remover toda duda y sospecha.

68 Esta esposicion se ha de tener como una declaracion de la duda anteriormente propuesta, de si en los codicilos que se hacen por escrito deberá intervenir la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo.

69 La disposicion que obra en el testamento del ciego, asi por derecho civil como por el real de las partidas, de que no pueda testar por escrito, sino nuncupativamente, y la particularidad que por esta ley se observa tambien en el testamento del ciego, escita la duda de si el que no sabe escribir ni leer podrá testar por escrito, ó deberá necesariamente otorgar nuncupativamente su disposicion.

70 El fundamento de esta duda nace de que asi como al ciego para remover toda sospecha de fraude no se le permite otorgar su testamento por escrito, á causa de que por la falta de vista ni podia escribirlo por sí, ni leer lo que otro hubiese escrito, y quedaria espuesta á fraudes su disposicion, concurriendo en el que ni sabe escribir ni leer el mismo peligro de ser suplantada su disposicion por no poder escribir por sí, ni leer lo que otro hubiese escrito, parece segun aquel principio legal que donde se halla igual razon debe regir la misma disposicion de derecho, que el que no sabe escribir ni leer está impedido de hacer su disposicion por escrito, pues á la verdad la única diferencia que media entre el ciego y el que no sabe leer ni escribir es que este puede ver materialmente los testigos; pero esta circunstancia ni aumenta la fé y crédito que se les debe dar á sus dichos, ni disminuye el peligro y sospechas de fraude en el que estendió por escrito su disposicion.

71 Colon en el libro 3.º de su Instruccion de escribanos, cap. 4.º, núm. 3.º y siguientes, se inclina á que no es permitido testar por escrito al que no sabe escribir, ó por lo menos leer bien letra de mano, cuya opinion parece que tiene algun apoyo en las palabras de la presente ley, la que hablando de la precision que tienen, asi los testigos del testamento escrito, como el testador de firmar sus nombres, cuando se contrae á los testigos dice: que si estos no supiesen ó pudiesen firmar firmen otros por ellos; y cuando habla del testador únicamente se contrae al caso de que no pudiere firmar, lo que denota y supone en el mismo la ciencia de escribir, porque de lo contrario hubiera hablado la ley de los dos casos de impericia y de impotencia, como lo hizo tratando de los testigos. Febrero en el lib. 1.º, cap. 1.º, SS. 19, núm. 218, de su Librería de escribanos afirma que el que tiene vista aunque no sepa leer puede testar por escrito, porque no se lo prohibe la ley, y no hay el peligro que en el ciego de que se le suplante una escritura por otra.

72 Esta razon, aunque á primera vista presenta una apariencia de solidez, en realidad no la tiene, porque el peligro no está únicamente en la suplantacion material del papel ó instrumento, sino en la de su contenido, la que no puede evitar el otorgante si no sabe leer para asegurarse de que fielmente se contiene en él su disposicion, por mas que los testigos afirmen la certeza del contenido del escrito.

73 Consiguiente á esta duda se origina otra en que no se convienen los prácticos, y consiste en que cuando el testador otorga su testamento por escrito, y ninguno de los testigos sabe escribir, ó uno solo de ellos, si bastará en este caso que el escribano firme por todos, ó el testigo que sabe escribir por cada uno de los demas.

74 Sigüenza en el lib. 2.º, cap. 1.º, num. 4.º, de las causas instrumentales afirma que cuando ninguno de los testigos sabe escribir podrá el escribano firmar por todos. Colon en su Instruccion jurídica de escribanos, lib. 3.º, cap. 4.º, defiende que no basta que el escribano ni un solo testigo firmen por los otros cuando los demas no saben escribir, y tiene por necesario para la legitimidad del acto que á lo menos sean tres los testigos que firmen por los demas. Febrero en su Librería de escribanos, lib. 1.º, cap. 1.º, SS. 19, núm. 214, se separa de la opinion de Colon, y en parte de la de Sigüenza, y pretende que habiendo un testigo que sepa escribir bastará que este firme por el testador, por sí y por los demas testigos, anotándolo asi el escribano, y asegura que su opinion se sigue en la práctica; y lo mismo repite el Gutierrez en su Febrero reformado.

75 Para asegurarnos de la solidez de cada una de estas opiniones corresponde

examinar los fundamentos en que se apoya. Sigüenza no propone mas que su mero dicho; lo que arguye la arbitrariedad de su juicio.

76 Febrero en el núm. 214, despues de haber afirmado que debe firmar el testigo que sabe escribir por el testador, por sí y por los demas testigos, da por razon que de este modo no se priva al testador de testar *in scriptis*, no sabiendo firmar á lo menos tres testigos, como quiere Colon, de forma que parece da por fundamento de su opinion la suposicion que hace de que no es cierta la de Colon; y al principio del núm. 215 afirma igualmente que aunque el testador sepa escribir, si no sabe alguno de los tres testigos, no podrá testar *in scriptis*, porque dice que no basta que el escribano firme por sí, por el otorgante y por los testigos, sin embargo de que algunos con error y sin legal fundamento afirman lo contrario, en lo que manifiesta contradice la opinion de Sigüenza en esta parte, y alega por razon el que la ley de Toro no le concede al escribano tal potestad, ni tampoco la ley 2.ª, tít. 1.º, partida 6.ª, ni la 103, tit. 18, partida 3.ª, de que concluye que si alguno de los testigos no sabe escribir, y el testador se empeña en que ha de testar por escrito, será nulo el testamento. Gutierrez repite lo mismo.

77 Si el silencio de la ley de Toro y de las partidas en conceder al escribano que su firma supla por la del testador y testigos es razon eficaz (como en realidad lo es) para persuadir que carece de semejante facultad, ¿por qué el silencio que tambien guardan las dos espresadas leyes de partida en cuanto á conceder á un testigo que su firma supla por los demas (en ambas leyes se supone que todos han de firmar, y en la de Toro que los unos firmen por los otros) no ha de ser tambien argumento eficaz para convencer que no basta que un solo testigo firme por los otros para cumplir con la solemnidad prescrita por la ley de Toro?

78 Si acaso se pretende decir, que en el hecho de permitir la ley de Toro que los unos testigos firmen por los otros manifiesta y da á entender que basta la firma de uno por todos, se contraviene claramente á su literal contexto, que es el de que algunos testigos firmen por los otros. Es enteramente repugnante á razon que la singularidad de un testigo supla y equivalga á la pluralidad de ellos, asi como cuando espresamente se pide cierto y determinado número no se tiene por suficiente el de menor cantidad; pues si diciendo la ley que los unos firmen por los otros quiere que sean en número plural los testigos que firmen, ¿por qué se ha de admitir que baste el que firme uno solo?

79 Si segun estos autores no basta el que el otorgante firme su disposicion, que es la persona inmediatamente interesada en que subsista, con lo que escluye toda sospecha de fraude, ¿por qué la ley quiere que intervengan las firmas de los testigos? ¿Qué razon puede haber para que requiriendo la misma ley que sean muchos los testigos que firmen baste la firma de uno solo?

80 Habiendo manifestado la poca solidez que tienen las opiniones de los autores citados, resta ver si la de Colon es mas arreglada y conforme á la letra y espíritu de la ley; bien mirado, asi como la pluralidad de las firmas de los testigos no se suple por la singularidad de uno, por igual razon parece debe decirse que queriendo la ley que firmen á lo menos testigos, y verificándose esta pluralidad de firmas igualmente por dos que por tres de ellos, no son precisas y necesarias las tres firmas que exige Colon, y asi no tengo su opinion por fundada en la parte que pretende que por lo menos han de ser tres los testigos que pongan sus firmas. Ni tampoco tengo por cierto lo que afirma de que con las firmas de los tres testigos valdria el testamento cerrado, llevando la cláusula codicilar como testamento nuncupativo, por tener los tres testigos que previene la ley del ordenamiento, y me mueve para ello el que no puede ser ni decirse testamento nuncupativo aquel cuya disposicion no han oido los testigos de la boca del testador, ó se les ha leido en su presencia, segun lo advierte el señor Gregorio Lopez en la glosa 1.ª, ley 2.ª, tít. 1.º, partida 6.ª, aunque es de parecer que bastaria la espresion implícita de la voluntad del testador, que hubiere sido delante de los testigos, de que aquella escritura era su testamento, para que valiese por testamento nuncupativo si no podia valer como escrito por defecto de alguna solemnidad, con tal que no constare que la voluntad del testador se limitó y coartó á testar por escrito, que en tal caso dice que no valdria como nuncupativo.

81 Tello en la parte 5.ª, núm. 2 y 3 del Comentario á esta ley, es tambien de

parecer que en el testamento nuncupativo basta la declaracion implícita de la voluntad del testador, y que puede hacerse secreto y cerrado, alegando en apoyo de su opinion la autoridad de varios comentadores del derecho civil, sin hacer la mas mínima mencion de la ley real, que era á la que debia arreglar su resolucion.

82 El fin que tuvo la ley para aumentar las solemnidades del testamento escrito respecto del nuncupativo fue el precaver los fraudes que podian cometerse en aquel contra su certeza y seguridad, y en perjuicio de la voluntad del testador, por no haberla declarado este esplícita y paladinamente ante los testigos, con que si el testamento escrito, que no podia valer en concepto de tal por defecto de tal, se sostenia como nuncupativo, era escusado que la ley hubiese señalado con tanta menudencia y escrupulosidad las solemnidades, si cuando estas no se observaban quedaba subsistente la voluntad del testador en concepto de testamento nuncupativo, y espuesta á los mismos fraudes que la ley intentó precaver por medio del mayor número de las solemnidades que prescribió.

83 Aun cuando esta razon no fuera convincentísima para persuadir la poca solidez de la opinion del señor Gregorio Lopez y Tello Fernandez, bastaria tener presente que la principal diferencia que media entre el testamento escrito y nuncupativo es que en este los testigos espresa y paladinamente han de oír la voluntad del testador; y siendo este requisito una parte sustancial del testamento nuncupativo, como lo manifiesta la ley 1.ª, tít. 1.º, partida 6.ª, no parece puede haber arbitrio en los comentadores para sustituir la declaracion implícita en lugar de la paladina y espresa que requiere la ley.

84 Para mayor claridad de este punto, y no confundir la diferencia que media entre ambos testamentos, será bien tener presente que no es de la naturaleza del testamento escrito que los testigos ignoren ó no su contenido, como se deduce de la ley 1.ª y 2.ª, tít. 1.º, partida 6.ª, y de la 103, tít. 18, partida 3.ª, en la primera de las cuales se prescribe la solemnidad del testamento en general, y en las restantes citadas se propone el modo y forma con que se ha de otorgar el mismo testamento, cuando no quiere el testador que los testigos sepan su disposicion; de que se convence que las circunstancias de ignorar ó saber los testigos el contenido de la disposicion no varía ni altera la naturaleza del testamento escrito, como lo observó ya Gregorio Lopez en la glosa 1.ª de la ley 2.ª que se ha citado de la partida 6.ª

85 Consiste, pues, la diferencia esencial del testamento escrito en que se escriba la disposicion del testador por sí ó por medio de un tercero, y que escrita la presente ante el número de testigos que previene la ley, y de un escribano, á fin de que se pongan las ocho firmas y el signo de este, sin que por esto pase á ser instrumento público hasta su abertura y publicacion despues de la muerte del testador, como lo afirma Febrero en la Librería de Escribanos, capítulo 1.º, SS. 19, número 214.

86 El constitutivo esencial del testamento nuncupativo, es que el testador, de palabra ó en voz manifieste á los testigos su voluntad, ó que estendido por escrito se lea á los testigos en presencia del mismo, siendo indiferente que se conserve su disposicion en la memoria de los testigos hasta la muerte del testador, ó que se reduzca á escrito en el acto de su manifestacion con asistencia del escribano, por cuyo medio se eleva á instrumento público, de forma que la escritura en el testamento nuncupativo no se requiere *pro forma*, sino para la prueba, y evitar el peligro de que si faltase alguno de los testigos antes de formalizarse el testamento en escritura pública, fuese nula é inválida la disposicion, y asi aun cuando desde el principio se estienda por escrito, el testamento nuncupativo será escrito para la prueba, pero no para la solemnidad, como observa Vinio en el §. último, institucion *de testamentis ordinandis.*

87 De lo dicho se viene en conocimiento de que solo en el caso de que el testamento escrito no haya sido secreto ni reservado, podrá en defecto de las solemnidades prescritas para su otorgamiento valer como nuncupativo, por hallarse desde el principio enterados los testigos de la voluntad del testador.

88 Resumiendo ó epilogando la disposicion de esta ley está reducida á que la regla establecida por la del ordenamiento para cualquiera última disposicion, la limitó al testamento nuncupativo y á los codicilos, y esceptuó de ella el testamento por escrito ó cerrado, y tambien el que otorgase el ciego, señalando para el pri-

mero siete testigos y un escribano que firmasen en la forma prevenida, y para el segundo disponiendo que no fueran menos de cinco los testigos que lo presenciasen, y que los testamentos que carecieren de las solemnidades prescritas que no hagan fé ni en juicio ni fuera de él.

Ley IV de Toro; es la 3.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Mandamos que el condemnado por delicto á muerte civil ó natural pueda hacer testamento é codecilos, é otra cualquier última voluntad, ó dar poder á otro que lo faga por él como si no fuesse condemnado, el cual condemnado y su commisario puedan disponer de sus bienes, salvo de los que por el tal delicto fueren confiscados, ó se obieren de confiscar ó aplicar á nuestra Cámara, ó á otra persona alguna.

COMENTARIO

á la Ley 4.ª de Toro.

1 Dispone la presente ley que el condenado á muerte civil ó natural pueda hacer testamento, codicilo ó cualquier última voluntad, ó dar poder á otro para que lo haga por él, y disponer de sus bienes, escepto de aquellos que por el delito fueren confiscados y se debieren aplicar á la Cámara, ó á otra persona alguna.

2 Esta ley no solo es correctoria del derecho civil que prohibia que el condenado á muerte civil ó natural no pudiese testar, como se convence de la ley 8.ª SS. 1.º ff, *qui testam. facere poss.*, y de otras varias que recopila Gomez en el número 1.º del comentario de esta ley, sino tambien es correctoria de la ley 5.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del fuero real, en la parte que dispone que los que fueren condenados á muerte por causa ó delito que merezca confiscacion de bienes no pudiesen testar.

3 Tambien se corrige por esta ley la 15, tít. 1.º, partida 6.ª, que espresamente ordena que el condenado á muerte por yerro que hubiese hecho no pueda otorgar testamento; y aun estiende esta prohibicion al condenado á muerte civil, como si fuese desterrado á alguna isla para siempre, confiscandole todos sus bienes; pero si la confiscacion no comprendiese todos los bienes, ó no fuese el destierro perpetuo, permite la misma ley que pueda hacer testamento, y aun en los dos casos espresados admite que pueda testar si el condenado á cualquiera de los dos géneros de muerte, apela de la sentencia, y muere antes que se confirme. Si es caballero, que es lo mismo que soldado, el condenado á muerte, distingue entre delitos militares, y de falta de fidelidad, y de traicion; en los primeros le permite testar del peculio castrense, en los segundos se lo prohibe absolutamente. Pero si el delito porque fue condenado á muerte el militar es de los que comunmente cometen los hombres, como hurto ú adulterio, podrá hacer testamento, guardando en todo las solemnidades establecidas en los testamentos de los paganos, por haber perdido el privilegio militar por la sentencia.

4 Todas estas leyes se corrigen por nuestra ley de Toro, que sin atender á las circunstancias de los delitos concede que el condenado á muerte natural ó civil pueda hacer testamento, ó dar poder para que otro lo haga por él, y disponer de todos sus bienes, á escepcion de los que se le confiscaren por tal delito, ó se hubieren de dar á alguna otra persona.

Ley V de Toro; es la 4.ª, tít. 4.º, lib 5.º de la Recopilacion.

El fijo ó fija que está en poder de su padre, seyendo de edad legítima para hacer testamento, pueda hacer testamento como si estoviese fuera de su poder.

COMENTARIO

á la Ley 5.ª de Toro.

1 Dispone la presente ley que el hijo ó hija, aunque esté en poder de su padre, teniendo edad legítima para testar pueda hacer testamento como si estuviera fuera de la potestad.

2 Por el derecho romano, y tambien por las leyes de partida, que en casi todo siguen el derecho civil, se prohibia á los hijos de familia, aunque fuesen de edad legítima, poder hacer testamento, á no ser de los bienes castrenses y casi castrenses, de los cuales se les concedia poder disponer en testamento, para estimularlos por este medio á seguir las dos carreras de las letras y las armas, que son el apo-

yo de la patria : siguiendo pues al derecho romano la ley 13, tít. 1.º, partida 6.ª esveda al hijo de familia poder testar, esceptuando los dos casos espresados ; pero nuestra ley, corrigiendo ambas disposiciones, concede al hijo de familias ámplia facultad para testar, como si estuviera fuera de la patria potestad, con tal que sea de legítima edad.

3 De qué bienes pueden disponer los hijos de familia en virtud de esta facultad, se dirá en la ley siguiente, que es donde corresponde. Aqui bastará advertir que esta ley se hizo con el fin de aclarar la duda que se originaba de estas palabras de la ley 1.ª, título de herencias, libro 3.º del fuero real, en la que despues de haber dicho que el que no tuviese hijos legítimos, ni de los que tienen derecho de heredar, pudiese disponer de sus bienes, añade que no le pueda embargar esta facultad *ni padre ni madre*, de las cuales palabras inferian algunos que los hijos de familia en virtud de esta ley podian testar ; otros por el contrario sostenian que dicha ley no hablaba de los hijos de familia, sino de los emancipados, fundándose en las mismas palabras de la ley, que hace mencion de la madre en el mismo sentido que del padre ; y como la madre por ningun derecho tiene los hijos bajo su potestad, se infiere que habla del padre en igual caso, esto es, cuando no tiene el hijo en su potestad, como observa Palacios Ruvios en la esposicion de nuestra ley, número 15, quien como uno de los que intervinieron en la formacion de las leyes de Toro, nos suministra esta noticia en el lugar citado.

Ley VI de Toro; *es la 1.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion.*

Los ascendientes legítimos por su órden é línea derecha sucedan ex testamento é abintestato á sus descendientes, y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan fijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de les heredar ; pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó facer cualquier última voluntad por su alma, ó en otra cosa cual quisieren, lo cual mandamos que se guarde salvo en las ciudades é villas é lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco ó la raiz á la raiz.

COMENTARIO

á la Ley 6.ª de Toro.

1 Dispone la presente ley que los ascendientes legítimos por su órden sucedan por testamento y abintestato á sus descendientes y sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes, con tal que los descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos ; pero sin embargo permite que aunque tengan ascendientes puedan disponer los dichos descendientes de la tercera parte de sus bienes en su vida, ó por última voluntad por su alma, ó en cualquier otra cosa, lo cual debe observarse, escepto en las ciudades, villas y lugares donde segun fuero se acostumbra que vuelvan los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.

2 En esta ley se establece el órden de las sucesiones que se debe observar entre los ascendientes ya sea abintestato, ya ex testamento, cuya materia por ser de bastante importancia, para su mayor claridad parece conveniente notar la variacion que ha habido en este punto, asi por el derecho comun de los romanos, como por el derecho real, para que de este modo se venga mas fácilmente en conocimiento de lo que establece nuestra ley, y lo que por ella se deroga.

3 Los hijos, entre los romanos, ó estaban bajo la patria potestad, ó fuera de ella por medio de la emancipacion, que era el único modo con que los hijos salian de la patria potestad, y se hacian *sui juris* en los primeros tiempos de la república. Constituido el hijo bajo la patria potestad, como todo lo que adquiria era del padre, y le estuviese prohibido hacer testamento por la ley de las doce tablas, fácilmente se conoce que por la muerte del hijo no le quedaba al padre nada que esperar. Mas despues que por el Emperador Augusto y subsiguientes se les concedió á los hijos de familia que se ocupaban en la profesion de las armas la facultad de testar, como

cuyo orígen y progresos se especifica claramente en la ley 1.ª ff. *De testamento militis*, de los bienes que adquirian por su profesion ó con ocasion de ella, *leg.* 1.ª *et* 4.ª C. *de castrensi peculio militum*, quedaron de tal modo exentos de la patria potestad en cuanto á la facultad de testar del espresado peculio, que podian disponer de él en favor de los estraños, ley 9 *de Castrensi peculio*, sin que el padre tuviese accion para querellarse del testamento del hijo; lo que aprobó tambien Justiniano, ley última, C. *de inofficioso testamento*, aunque despues parece derogó esta ley, segun se infiere de las palabras del capítulo 4.º de la novela 115. Pero si los hijos de familia que tenian este peculio morian abintestato, el padre lo adquiria todo, no por derecho hereditario, sino por derecho de peculio, ley 2.ª, 9.ª y 14 *de castrensi peculio*, conservándole al padre los mismos derechos primitivos en los bienes castrenses del hijo que moria abintestato; lo que innovó Justiniano en la rubrica de *quibus non est permissum facere testamentum justum*, en donde en primer lugar quiere que sean admitidos a la herencia del intestado sus hijos, novela 118, capítulo 1.º, y si no los tuviere, sus hermanos, y no habiendo estos llama en tercer lugar á los padres, no por derecho de peculio, como sucedia antiguamente, sino por derecho hereditario; y despues por la novela 118, capítulo 2.º, llamó á los padres en segundo lugar, juntamente con los hermanos del interesado.

4 Todo lo que hasta aqui se ha dicho de la facultad de testar de los hijos de familia del peculio castrense, se debe entender tambien del peculio casi castrense, despues que Justiniano en la ley última *de inofficioso testamento* les concedió á todos la misma libertad.

5 Si los hijos habian salido de la patria potestad por medio de la emancipacion, que los constituia *sui juris*, ó morian testados ó sin testamento, en el primer caso en virtud de la absoluta libertad que concedia la ley de las doce tablas á los padres de familia para disponer de sus cosas sin ninguna coartacion, podian anteponer á los padres cualquiera estraño, sin que á los padres les quedase algun recurso para trastornar la disposicion del hijo, hasta que insensiblemente los jurisconsultos introdujeron el uso de querella, bajo de pretesto de que no estaba en su sano juicio quien sin justa causa se olvidaba de sus padres; cuyo remedio se empezó á observar en los tiempos de la república, como advierte Heineccio *in antiquitatum romanarum singtagmatibus*, lib. 2.º, capítulo 18, y antes del año 682.

6 Establecido el uso de la querella, *inofficiosi testamenti*, podia el padre querellarse del testamento del hijo si este no le hubiese dejado la cuarta parte de la porcion que le era debida abintestato, como consta de la ley 8.ª, SS. 8.ª, ff. *De inofficioso testamento*, la cual cuarta ó legítima, que por estar señalada por las leyes se denomina asi, se introdujo por la interpretacion de los jurisconsultos, movidos de la razon ó semejanza de la ley falcidia, como observa Heineccio en el lugar citado, SS. 7.ª, de forma que esta cuarta la llaman tambien falcidia en la ley 8.ª, SS. 9.ª *et* 14 *de inoff. testamento*, y en la 31, capítulo del mismo título. Esta legítima de los padres se estendió al tercio de la porcion debida abintestato, ó por el uso, como quiere Vinio *in comentario ad SS. 3.ª institutionem de inofficioso testamento*, número 2.º, ó por la novela 12, capítulo 1.º del Emperador Justiniano, pues aunque en la dicha novela no se espresa la legítima de los ascendientes, al fin del mismo capítulo, despues que ha señalado un tercio para la de los hijos cuando son cuatro ó menos, y la mitad para cuando esceden este número, añade que esto mismo se deberá observar para todas las personas á quienes por derecho antiguo se daba la querella *inofficiosi*, por razon de la cuarta antigua; en cuyas palabras no hay duda quiso comprender á los padres, á quienes antiguamente competia esta querella por razon de la cuarta, como consta de la ley 1.ª, ff. *de inofficioso testamento*; y comprueba esta conjetura la novela 89, capítulo 12, SS. 3.ª, en donde hablando Justiniano del caso que el hijo no tenga hijos legítimos, y sí ascendientes, determina para legítima de estos la misma parte que la ley, y él habia señalado; cuyas palabras á ninguna otra ley pueden referirse que á la novela 18, como advierte juiciosamente Mr. Domat en el lib. 3.º, título 3.º, seccion 2.ª *des Lois civiles*. En la novela 134, capítulo 11, señala la tercera parte de los bienes á los ascendientes, en cierto caso.

7 Si el hijo moria abintestato, por la ley de lasdoce tablas eran llamados á la he-

rencia los hijos; si no tenia hijos, pero sí ascendientes, sucedian los padres á los hijos que habian sido emancipados, *contracta fiducia*, no por derecho hereditario, sino por derecho de patronato; si no habia intervenido el pacto fiduciario le sucedia por el mismo derecho de patronato el padre fiduciario, como esplica el jurisconsulto Cayo en el libro 1.º, título 6.º, SS. 3.ª de sus instituciones; y Justiniano quiso para conservar á los padres el derecho de patronato, que toda emancipacion se entendiese hecha *contracta fiducia*, lib. 3.º, título 2.º, SS. 8.ª *institutionum.* Lo que se ha dicho de suceder los padres á los hijos, tanto ex testamento como abintestato, no se debe entender de las madres, las cuales nada percibian de la herencia de los hijos, hasta que por el senado-consulto Tertuliano se les concedió esta gracia con ciertas restricciones que se refieren en el lib. 3.º, título 3.º SS. *institutionum,* las que posteriormente quitó Justiniano por la ley 2.ª, capítulo *de jure liberorum*, como afirma en el SS. 4.ª *institutionum* del título dicho; y últimamente por la novela 118, capítulo 2.º se admite á la madre, juntamente con el padre y los hermanos *ex utroque latere*, á la sucesion del hijo que muere abintestato sin descendientes.

8 Establecido así el órden de suceder por derecho civil, pasemos á ver lo que dispone el derecho real. Las partidas, que como tengo dicho, en casi nada se apartan del derecho civil, admiten en los hijos de familia la misma distincion de bienes ó de peculios que señala el Emperador Justiniano en el SS. 1. *institutionum per quas personas nobis adquiritur*, y la rúbrica de *quibus non est permissum facere testamentum* en la ley 5.ª, título 17, partida 4.ª, y de consiguiente se le prohibe al hijo de familias poder testar, á escepcion del peculio castrense y casi castrense, ley 13, título 1.º, partida 6.ª, de las cuales puede disponer libremente, ley 6.ª, título 17, partida 4.ª, aunque siempre con la restriccion de dejar al padre su legítima si dispone por testamento, pues aunque por esta ley no se espresa, debemos creerla de acuerdo con la novela 115 de Justiniano, que en el capítulo 4.º corrige el derecho antiguo, imponiendo á los hijos esta obligacion. Muriendo el hijo abintestato son llamados á la herencia el padre y la madre, juntamente con los hermanos por iguales partes, no teniendo el hijo descendientes, ley 4.ª, título 13, partida 6.ª; pero saliendo el hijo de la patria potestad por alguno de los cuatro modos que se espresan en el principio del título 18, partida 4.ª debe dejar en su testamento á sus padres, no teniendo descendientes, la tercera parte de sus bienes, que es la legítima que señala la ley 8.ª, título 13, partida 6.ª Si muere sin hacer testamento se observa lo mismo que dejamos dicho, en el caso que el hijo de familias muera abintestato. El fuero real de las leyes, que como dijimos, fue anterior á las leyes de partida, y se empezó á observar primero, no dispone nada acerca de la sucesion de los hijos de familia, conformándose sin duda con las disposiciones del derecho civil, pero en cuanto á los hijos emancipados se separa de dicho derecho, permitiéndoles á los hijos la libre disposicion testamentaria de todo lo suyo, sin obligarles á dejar cosa alguna á sus padres, como lo denotan bastantemente las palabras de que usa la ley, *é no le pueda embargar ni padre ni madre ni otro pariente.* En el caso que el hijo moria sin manda ó abintestato, llama la ley á los padres á toda la herencia del hijo por iguales partes, y en defecto de padres á los abuelos, con esta distincion, que si estan en un mismo grado, y de parte de padre hay un abuelo y de madre dos, estos partirán la herencia por mitad con el otro en representacion de su hija; y si estan en diversos grados, el mas próximo escluirá al mas remoto, como se deduce del capítulo 2.º de la novela 118, y lo declara la ley 4.ª, título 13, partida 6.ª, y afirma Gomez á los números 7 y 9 de esta ley, con esclusion de los hermanos, á los que admite únicamente finalizada la línea de los ascendientes, ley 1.ª, título 6.º, libro 3.º del fuero real.

9 Nuestra ley de Toro, corrigiendo en particular el derecho civil y real, dispone que los ascendientes sucedan á sus hijos en todos sus bienes abintestato, faltándoles á estos herederos descendientes legítimos, ó que tengan derecho de heredarlos, como se dirá en la ley 9. Disponiendo el hijo de sus bienes en vida, ó por testamento ú otra cualquier última voluntad, le permite nuestra ley que pueda dejar el tercio de sus bienes á favor de su alma, ó de cualquier estraño, con tal que las dos terceras queden por legítima de los padres.

10 Lo que se ha dicho de los padres, quiere nuestra ley que se observe en los demas ascendientes por su línea y grado, llamándolos á la herencia del nieto por iguales partes, sin guardar la distincion antigua de que los bienes paternos perteneciéran al abuelo de parte de padre, y los maternos al de parte de madre, ó lo que es lo mismo, segun la espresion de nuestra ley, que los bienes tornen al tronco, ó la raiz á la raiz, como dispone la ley 10, título 6.º, libro 3.º del fuero real, la que solo tendrá fuerza en aquellos lugares en que esté en uso.

11 Dejamos para este lugar el tratar de la facultad que por esta y la ley antecedente se les concede á los hijos de familia y á los emancipados para poder testar del usufructo de los bienes adventicios. Para lo cual se ha de suponer que el padre goza el usufructo de los bienes adventicios del hijo de familias, ley 5.ª, título 17, partida 4.ª, y que saliendo este de la patria potestad por medio de la emancipacion puede el padre retener para sí la mitad del usufructo de dichos bienes, ley 15, título 18, partida 4.ª Como por la ley 5.ª de Toro se concede á los hijos de familia la facultad de testar, como si estuviesen fuera de la patria potestad, y por esta se les permite disponer de la tercera parte de sus bienes en favor de cualquier obra pia ó de los estraños, se duda, no sin fundamento, si esta tercera parte de que puede disponer el hijo ha de ser tanto en el usufructo como en la propiedad, ó solo en la propiedad, permaneciendo del padre el usufructo.

12 Antonio Gomez en el Comentario á esta ley al número 11 pregunta, si en el caso que sucedan el padre y la madre, abintestato, á su hijo deberán partir por iguales partes, tanto en el usufructo como en la propiedad, y resuelve fundándose en varias decisiones del derecho civil, que solo partirán por iguales partes la propiedad, quedando del padre por el tiempo de su vida el usufructo. Esta misma resolucion quiere el citado autor se observe en la práctica, porque por derecho real no se corrige el civil en esta parte.

13 Para dar mas luz á esta materia, distinguiremos dos casos, á saber; si el hijo que muere abintestato en la patria potestad deja descendientes y ascendientes, ó solamente ascendientes; en el primer caso pertenecerá á los descendientes la propiedad de todos los bienes del finado, y al padre le quedará el usufructo, como lo decide espresamente Justiniano en la novela 118, capítulo 1.º, cuya decision deberá tenerse presente para la práctica, en caso que el hijo que muere no haya sido velado, como se previene en la ley 47 de Toro; en el segundo caso el padre y la madre partirán por igual la herencia del hijo, con esta diferencia, que el padre gozará de todo el usufructo que percibia en vida del hijo, y la madre solo tendrá la parte de la propiedad que le cupo, conformándonos con la sentencia de Gomez.

14 Pasemos á la decision de la cuestion arriba propuesta, que el hijo de familias que haga testamento puede disponer de la tercera parte de sus bienes, tanto en el usufructo como en la propiedad, por las siguientes razones. En la ley 5.ª se le concede al hijo de familias poder testar como si fuera *sui juris.* En esta nuestra ley (que segun el dictámen de Cervantes, habla solo de los hijos que estan fuera de la patria potestad, pues de lo contrario seria repeticion de la antecedente) se determina la parte que debe ser legítima de los ascendientes, y de la que puede el hijo disponer libremente, ó el usufructo que conserva el padre en el peculio adventicio del hijo emancipado; se debe considerar como bienes propios del padre ó del hijo; si lo primero, no podrá el hijo disponer mas que de la tercera parte del usufructo de las cuatro que llevó cuando se emancipó; si lo segundo igualmente será del hijo de familias el usufructo que goza el padre en sus bienes; y como por la ley se le conceda el disponer de la tercera parte de todos sus bienes, se debe entender en cuanto á la propiedad y al usufructo; luego asi como no se duda que el hijo que ha salido de la patria potestad por medio de la emancipacion, en la que se reserva el padre la mitad del usufructo, por dicha ley 15 puede disponer libremente de la tercera parte de sus bienes, no solo en la propiedad sino en el usufructo, tampoco deberá dudarse que el hijo de familias, como igualado en un todo al hijo emancipado, en cuanto á la facultad de testar, por la dicha ley 5.ª podra disponer de la tercera parte de sus bienes en cuanto á la propiedad y al usufructo.

15 Esto se comprueba mas particularmente con la facultad que concede la ley

de que pueda disponer de dicha tercera parte en favor de su alma; cuya disposicion, si no se entendiese tanto del usufructo como de la propiedad, deberia diferirse su ejecucion hasta la muerte del padre usufructuario; lo que es no solamente contrario á lo dispuesto por derecho canónico en el capítulo 3.º *de testamentis*, que señala el término de un año para la ejecucion de las últimas voluntades, sino tambien á lo que dispone el derecho real en la ley 6.ª, tít. 10, partida 6.ª, la cual da un año de término para cumplir la voluntad del testador, cuyo año debe computarse, segun la misma ley, desde el dia de la muerte del testador; lo que tambien se confirma por la ley 36 de Toro, que es la 10 del tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion. No podrá decirse que en este caso deberá enagenarse la tercera parte de la propiedad, é invertirse su valor en la manda en favor del alma, porque igualmente se prohibe por el derecho civil que el hijo pueda enagenar la propiedad de los bienes en que el padre tiene el usufructo, que el que pueda disponer del usufructo, ley última, ss. 5, capítulo *de bonis qui liberis &c.*; y como no hay mas razon para que nuestra ley real corrija al derecho civil mas en una parte que en otra, es necesario confesar que nuestra ley corrije el derecho civil en ambas partes, ó que no lo corrije en ninguna, ó que solo lo corrije en cuanto á darle facultad de testar, difiriendo hasta la muerte del padre usufructuario la ejecucion de la voluntad del testador; consecuencias que asi como se infieren necesariamente, demuestran lo infundado de la contraria sentencia.

16 Mira nuestra ley en su primera parte el favor de los ascendientes, señalándoles por legítima una parte mas de la herencia de los hijos, y en la segunda favorece á los hijos, concediéndoles la facultad de testar de la tercera parte restante; lo que segun la equidad natural debe entenderse tanto en el usufructo como en la propiedad, para que se compensase de este modo el aumento de la tercera parte que se le da al padre en los bienes del hijo, con el usufructo de la otra tercera de que le concede la libre disposicion al hijo, cuya razon ha sido siempre de tanto peso á los Legisladores, que nunca han aumentado los bienes de los padres sin recompensar de algun modo á los hijos y aun á los hermanos; y asi vemos que cuando Justiniano quitó á los padres el dominio ó la propiedad que tenian en el peculio adventicio del hijo, para compensarlos de esta pérdida quiso que tuviesen por el tiempo de su vida el usufructo SS. 1.º, *institut. per quas personas cuique adq.*; y cuando en el SS. 2 del mismo título dispuso que el padre no llevase por la emancipacion del hijo la tercera parte de la propiedad del peculio adventicio, le concedió por esa tercera parte de propiedad la mitad del usufructo del peculio del hijo, y últimamente cuando en la novela 118, cap. 2.º admitió á los padres juntamente con los hermanos á la succesion del hermano, declara que en la parte que herede el hermano no debe retener el padre el usufructo, porque para eso se le concede la propiedad de la parte que le toca llamándolo á la sucesion; pues si porque Justiniano les concedió á los padres derecho á la succesion de los hijos con perjuicio de los hermanos, no quiso que conservasen el usufructo de los bienes que tocasen á los hermanos, con cuánta mas razon debemos persuadirnos que ahora que nuestra ley y siguientes escluye á los hermanos de concurrir con los padres á la succesion abintestato del hermano, y que ex testamento aumenta la legítima de los padres en una mitad en perjuicio de los hijos, no querrá que en la tercera parte de que pueden disponer estos conserven los padres el usufructo. Obsérvese que nuestra ley es nada favorable á los emancipados, antes bien les coarta la facultad que tenian de disponer de las dos terceras partes en cuanto á la propiedad, y de la mitad de sus bienes en cuanto al usufructo, y la reduce á una tercera parte de usufructo y propiedad.

17 Sin embargo de que casi todas las razones que dejo espuestas á favor de esta opinion las trae Antonio Gomez en el Comentario á esta ley desde el número 13 al 14, y funda en ellas su dictámen, con todo ha de notarse que en el Comentario á la ley 48, en el número 7, propone la cuestion si el hijo de familias clérigo puede ó no testar de los bienes adventicios, y resuelve que nó; cuya resolucion ciertamente no va conforme con lo que deja sentado en la presente ley, pues en dicha cuestion ó prescinde de lo dispuesto por la ley 5.ª y 6.ª de Toro, ó no prescinde; si prescinde, ademas de no proceder con la debida exactitud, resolviendo la cuestion que

se propone segun las últimas decisiones del derecho real, debia tener consideracion por la ley 3.ª, tít. 21, pág. 1, que claramente decide que el hijo de familias clérigo puede testar, sin aplicarle la violenta interpretacion que pretende, de que eso se entiende de los bienes adquiridos *intuitu clericatus*, contra la espresa determinacion de la ley 8.ª tít. 21, pag. 1, la que conformándose en todo con el derecho canónico prohibe á los clérigos poder testar de los bienes adquiridos por contemplacion de la Iglesia, en lo que conviene la ley de partida con el derecho civil, que aunque disponia que los clérigos tuviesen en su dominio todos sus bienes, de cualquier modo que los adquiriesen, y que de ellos pudiesen testar aun estando en la potestad de su padre, novela 123, cap. 19, esta facultad no se estendia á los bienes adquiridos por ministerio de la Iglesia, pues como observa Thomasino en su antigua y nueva disciplina de la Iglesia, parte 3.ª, lib. 2.º, cap. en el número 2 y 4, en aquel siglo solo percibian los clérigos de sus obispos unas cortas distribuciones que apenas podian sufragarles para su diaria manutencion, por lo que no habia motivo de sospechar pudiesen los clérigos con aquellas parcas distribuciones comprar posesiones, ó adquirir otros bienes. Al contrario sucedia en los obispos; como estos eran los que administraban los bienes de la Iglesia y sus posesiones, pareció conveniente al Emperador Justiniano coartarles la facultad de testar solo aquellos bienes que hubiesen adquirido antes del obispado, ó á los que adquiriesen siendo obispos por derecho de sangre, novela 131, cap. 13. Si no prescinde de lo dispuesto por dichas leyes de Toro, ¿cómo podrá conciliarse en virtud de lo que resuelve en el lugar citado, que el hijo de familias puede testar de la tercera parte de los bienes adventicios en que tiene el padre el usufructo, con lo que afirma en la ley 48 de que el clérigo hijo de familias no puede testar ni aun de los bienes adventicios adquiridos despues de las órdenes?

18 Es necesario confesar que Antonio Gomez se olvidó en la ley 48 de lo que habia dicho en la 6.ª, y que todos los que le siguen se apartan en este punto del verdadero sentido del derecho civil, canónico y real, como se demostrará en este raciocinio. Es constante que por el derecho civil se los concede á los clérigos hijos de familias que puedan testar libremente de los bienes adventicios adquiridos despues de las órdenes, ley 34 y 50, cap. *de Episcopis et Clericis*, con tal que no defrauden á sus hijos y padres de su legítima, novela 123, cap. 19. Que el derecho canónico siga en esta parte al derecho civil será escusado el probarlo, cuando solo se trata de un privilegio que la gratitud y veneracion de los Emperadores cristianos hácia la Iglesia quiso conceder á sus ministros, sin que desdiga en nada á su sagrado ministerio; y en este sentido debe entenderse el capítulo *quia nos, de testamentis*, y no en el que quiere Gomez, cuando por otra parte no hay cánon ninguno que derogue dicho privilegio. El derecho real de las partidas es tan terminante en este punto, que en la ley 3.ª, título 21, partida 1.ª, no contentándose con decir que los clérigos puedan testar del peculio adventicio, lo estiende al peculio profecticio (en lo que no se aparta de lo dispuesto en la citada novela 123) por estas palabras: é otrosi, pueden los clérigos facer testamento de las cosas que les dieren sus padres, ó de lo que ganaren de otra parte, siendo en su poder de ellos; cuyas últimas palabras denotan que pueden testar de las cosas dichas aun estando en poder de sus padres, pues el que las adquiriesen ó no estando en poder de sus padres es una circunstancia que nada importa para que pudiesen testar de ellas despues de la muerte de sus padres. Las posteriores leyes reales guardan un profundo silencio en este punto, estendiéndose solo á señalar la legítima de los padres en la succesion de los hijos, y á conceder la facultad de testar á los hijos de familia, sin hacer la menor mencion de los clérigos: de todo lo cual se colige evidentemente que el privilegio de poder testar, concedido á los clérigos por derecho civil, no derogado por el derecho canónico, y confirmado por el real de las partidas, sin que por las posteriores leyes reales se innove nada en el particular, se conserva hoy en el dia en la misma fuerza y vigor que le dió el derecho civil; y si estas razones no parecen suficientes á los autores de la contraria para afirmar que el clérigo hijo de familia puede testar, deberán manifestarnos qué otro fundamento tienen para asegurar que el hijo de familias no puede testar del usufructo de los bienes adventicios, sino porque por derecho civil goza el padre el usufructo de dichos bie-

nes; por derecho real de las partidas se les confirma á los padres el mismo goce, y por las posteriores leyes reales quieren (sin fundamento) que no se haya innovado nada en este punto, pues en sus escritos Gregorio Lopez, Pinilo, Diego Perez, Tello, Peralta, Rojas, Molina, Mierez y Matienzo no espresan otros; y si el derecho civil, confirmado por las leyes de partida y no corregido por las últimas leyes reales, ha sido bastante para conservar á los padres hasta nuestros dias el usufructo en los bienes adventicios de los hijos de familia, ¿por qué razon este mismo derecho civil, con las mismas conformaciones del derecho real, no será suficiente á mantener á los clérigos hijos de familia en posesion de su privilegio de poder testar de los bienes adventicios adquiridos despues de las órdenes? Nótese que como por la ley 5.ª solo se igualan los hijos de familia á los emancipados en cuanto á la facultad de testar, aunque por la 6.ª se conceda que puedan disponer *inter vivos* de la tercera parte de sus bienes, se debe limitar esta facultad á los emancipados, de quienes particularmente habla esta ley, sin estenderla á los hijos de familia, que por la ley 7.ª ff. *de donationibus*, se les prohibe el hacer donaciones, y lo mismo por la ley 3.ª, tít. 4.º, partida 5.ª, y generalmente por la ley 8.ª, cap. *de bonis qui liberis*, se les impide la enagenacion de cualesquiera bienes en que tenga el padre el usufructo, á no ser que dé su consentimiento. Asi lo siente Cervantes en la ley 5.ª de Toro, número 57.

Ley VII de Toro; es la 4.ª, *tít.* 8.º, *lib.* 5.º *de la Recopilacion.*

El hermano para heredar abintestato á su hermano no pueda concurrir con los padres ó ascendientes del defunto.

COMENTARIO

á la ley 7.ª *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que el hermano para heredar abintestato á su hermano no pueda concurrir con los padres ó ascendientes del difunto, que es lo mismo que decir que los padres y abuelos escluyen al hijo ó nieto de la herencia abintestato de su hermano.

2 Como por derecho civil se hallaba ordenado que los hermanos concurriesen por iguales partes con sus padres á la sucesion intestada del hermano, segun el capítulo 2.º de la novela 118, las leyes de partida, conformándose con esta disposicion del derecho civil en la 4.ª, tít. 13, partida 6.ª, admitian á los hermanos juntamente con los padres á la succesion intestada del hermano. Pero el fuero real en la ley 1.ª, tít. 6.º, lib. 3.º, apartándose de la disposicion del derecho civil, llamaba solamente á los padres á la succesion del hijo, y solo en el caso de que faltasen los ascendientes podian los hermanos succeder á los hermanos. Para evitar la duda que podia originarse de cuál de estas dos leyes de partidas y fuero real debia seguirse en la decision de las causas, tuvieron por conveniente los Reyes católicos aclarar este punto en la presente ley, escluyendo á los hermanos de concurrir con los padres á la succesion abintestato del hermano, cuya declaracion era consiguiente á lo dispuesto en la ley que antecede, que tanto ex testamento como abintestato quiere que los padres sean legítimos herederos de sus hijos ó descendientes.

Ley VIII de Toro; es la 5.ª, *tít.* 8.º, *lib.* 5.º *de la Recopilacion.*

Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios, *in stirpem* y no *in capita.*

COMENTARIO

á la ley 8.ª *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que los sobrinos con los tios sucedan *in stirpem*, y no por cabezas en la herencia intestada de sus tios.

2 Como esta ley es la primera que habla de la representacion en las sucesiones hereditarias, no será fuera de propósito manifestar qué sea representacion, su orígen y los efectos que causa.

3 La representacion, segun Robles en el cap. 3.º del libro 1.º de su tratado de representacion, no es otra cosa que un derecho por el cual el hijo es llamado á la sucesion de sus ascendientes en lugar de su padre perpetuamente, ó á la de sus tios entre los trasversales. De esta definicion aparece que la representacion en la línea recta se ha de considerar perpetua ó estensiva á cualquier grado, por distante que sea, en que se halle el descendiente al tiempo de la muerte del ascendiente á quien ha de

suceder, y que en la línea colateral está reducida y limitada á los hijos de los hermanos, ó lo que es lo mismo al tercer grado de consanguinidad. La causa de haberse establecido la representacion en la línea recta se presume que ha sido la suidad, ó el derecho que tenian los descendientes de ser admitidos á la herencia de sus ascendientes, segun Robles en el cap. 6.º del mismo libro, numero 1.º y 2.º; pero poco importa saber indagar la causa remota de la representacion con tal que no se dude de sus efectos.

4 Tambien disputan los autores si la representacion se ha introducido por ficcion ó por privilegio, cuya duda la tengo por bien ociosa é impertinente, pues en realidad toda ficcion es privilegio, aunque no todo privilegio es ficcion. Que la ficcion sea privilegio se convence, porque esta solo se establece por la ley, y para los casos espresados por la misma, como lo reconoce Robles en el cap. 6.º del lib. 1.º, número 6 y 7; y en la novela 118, cap. 3.º espresamente la llama el Emperador Justiniano privilegio.

5 Como tengo por defectuosa la definicion que da Robles á la representacion, por confundirse en ella el caso de suceder el nieto por representacion ó por proximidad de grado, como manifestaré despues, digo que la representacion es un derecho por el cual sucede el hijo en lugar de su padre perpetuamente en la línea recta, y en la trasversal hasta el tercer grado para dividir la herencia del ascendiente con los demas coherederos de grado mas próximo en la línea colateral, y en la recta de grado mas próximo, ó mas remoto ó igual.

6 Se ha dicho que el que representa sucede en lugar y grado de su padre para dividir la herencia con otros coherederos, porque donde no hay concurrencia de herederos no puede tener lugar la representacion, y por esta particularidad se diferencia la sucesion por representacion de la sucesion por proximidad de grado, que se verifica cuando faltando el padre sucede el nieto, como descendiente único del abuelo, en la herencia de este; en cuyo caso el nieto es llamado á la sucesion por derecho comun, á causa de ser el pariente de grado mas próximo del finado, y por esta razon advierte juiciosa y oportunamente el señor Castillo en el libro 3.º, cap. 19, número 31, que muerto ó quitado el padre de enmedio suceden los nietos en lugar de herederos suyos, porque nadie les precedia, y entonces no se reponian en el grado de su padre, porque no era necesario á causa de que los herederos suyos son llamados en primer lugar á la herencia del intestado, SS. 1, *inst. de heredibus*; de que infiere que una cosa es suceder en lugar de heredero suyo, y otra muy diversa reponerse en el grado que su padre tuvo. Lo mismo sucede en el caso del sustituto á una herencia. Si premuere el instituido, ó no quiere admitir la herencia, entre el sustituto, no á representar la persona del instituido, con quien ninguna correlacion tiene, sino en virtud del llamamiento propio y peculiar que le hizo el testador para el caso de que el instituido no fuese heredero.

7 La distincion propuesta por el señor Castillo entre entrar de heredero suyo y reponerse en el grado que tuvo su padre la repite Robles, libro 1.º, cap. 6.º, número 12.

8 Se ha dicho tambien que por la representacion en la línea colateral se sucede con el de grado mas próximo, porque en virtud de ella los sobrinos que estan en tercer grado suceden con los tios que estan en segundo.

9 Se ha dicho igualmente que en la línea recta en virtud de la representacion se sucede con los de grado mas próximo, como cuando concurre el nieto con sus tios á la herencia del abuelo, ó con los de grado mas remoto, como se verifica cuando los nietos descendientes de un hijo suceden con los viznietos descendientes de otro hijo del abuelo comun; y finalmente que pueden suceder con los de grado igual, como sucede cuando los nietos, hijos de diversos padres, suceden entre sí, ó concurren á la herencia del abuelo, como todo lo dicho se convence del §. 6.º y 15 *de hereditatibus quæ abintest. instit.*, y del capítulo 1.º y 3.º de la novela 118. Lo mismo se estableció en la ley 7.ª, tít. 6.º, lib. 3.º del fuero real en cuanto a la sucesion en la línea recta, y en la ley 3.ª, título 13, pág. 6.ª, y aunque en la representacion en la línea colateral no se encuentra una decision positiva que la establezca por nuestro derecho real del fuero juzgo, ni del real, pues asi la ley 8.ª, tít. 2.º, lib. 4.º del fuerojuzgo, como la 13, tít. 6.º, lib. 3.º del fuero real, únicamente dispone que cuando los sobrinos concurren entre sí

á la herencia de su tio la dividan por cabezas y no por estirpes; lo que en realidad no es establecer la representacion, sino suponerla y declarar el caso en que no debe tener lugar, y sí la única decision positiva que tenemos en este punto es la de la ley 5.ª, tít. 13, pág. 6.ª, y la presente.

10 He dicho que por la representacion sucede el hijo en lugar y grado de su padre perpetuamente en la línea recta, porque en ella no se coarta ni limita la sucesion á ningun grado, como lo prueba Gomez en el tomo 1.º de sus varias, capítulo 1.º, número 15, donde podrá verse.

11 Consiguiente á estos efectos de la representacion se ha dudado si en virtud de ella deberá el nieto, que habiéndose abstenido de la herencia de su padre concurre por representacion á la de su abuelo, traer á colacion los bienes que aquel recibió de su padre.

12 Esta duda la propone en términos espresos Febrero en el lib. 2.º, cap. 3.º, §. 1.º, número 26 y siguientes de los cinco juicios, y dice que la dificultad consiste en saber si el nieto entra á suceder á su abuelo por su propio derecho y persona, ó por la de sus padres representándolos, y afirma que muchos legistas, impresionados y preocupados de la representacion inventada por derecho positivo, tropiezan en ella, y antes de proceder á su resolucion suponen lo primero que el nieto no entra á suceder á su abuelo en lugar de su padre por ficcion de la ley, ni por esta se pone en él, ni ocupa el primer grado, sino porque muerto su padre se halla el primero, y nadie le precede, y asi no le representa, porque la representacion verdadera, dice, se verifica en los transversales mayorazgos y fideicomisos, y no en los legítimos descendientes, que entran por su propio derecho á heredar á sus ascendientes. Esta suposicion de Febrero envuelve y contiene varias equivocaciones y errores.

13 No es cierto que el nieto cuando entra en lugar de su padre para dividir la herencia de su abuelo con sus tios ú otros descendientes no venga á ella por ficcion de la ley ó representacion, pues si no fuera por medio de esta el concederle el lugar y grado que tenia su padre, no se le admitiria á la sucesion ni se le reputaria como de primer grado, porque precediéndole sus tios como de grado mas próximo, ni el nieto podria decirle que era descendiente de primer grado, ni de consiguiente que nadie le precedia, por ser constante é indudable que los tios, como hijos, estan en grado mas próximo que los nietos al abuelo.

14 Es tambien una notoria equivocacion decir que la representacion verdadera solo se verifica en los trasversales mayorazgos y fideicomisos, y no en los legítimos descendientes que entran á heredar por derecho propio, por ser á todas luces claro que la representacion verdadera es la que se observa en la línea de los descendientes, y tan antigua que trae su origen de las leyes de las doce tablas, como despues se manifestará, y que á imitacion de la representacion de la línea recta ó de los descendientes se introdujo la de la línea colateral, ó de trasversales por el Emperador Justiniano en el cap. 3.º de la novela 118, mas de diez siglos despues que se reconocia y observaba la representacion en la línea recta.

15 Habiendo manifestado las equivocaciones padecidas por Febrero acerca de la representacion, de que corresponde tratar en el presente Comentario, me abstengo de examinar la decision de la duda propuesta, por pertenecer á la materia de colaciones de que trataré en la ley 29, donde me haré cargo de dicha duda.

16 Visto ya los efectos que causa la representacion, resta manifestar su orígen ó establecimiento. Este tuvo principio en la ley de las doce tablas, pues aunque en ninguno de los fragmentos que se han recogido por los jurisconsultos, y en especial por Jacobo Gotofredo, no encuentra ninguno que espresamente ordene la representacion de los hijos á los padres, sin embargo consta por asercion del Emperador Justiniano, en el lib. 3.º, tít. 1.º, §. 15, que la ley de las doce tablas, muerto el hijo, llamaba á los nietos ó nietas, viznietos ó viznietas á la sucesion del abuelo, ó en lugar de su padre; y para que no se pueda dudar que esta sucesion era por representacion dice mas abajo en el mismo párrafo, que la antigüedad (entendiendo por esta palabra la ley de las doce tablas) habia establecido que entre los hijos y nietos de hijo se dividiera la herencia, no por cabezas sino por estirpes.

17 Por este testimonio del Emperador Justiniano aparece, no solo que se estableció la representacion por la ley de las doce tablas, sino que dá motivo á creer que

en su tiempo existian estas.

18 Aunque tenemos un testimonio mas convincente, por ser de tiempos anteriores en mas de dos siglos al Emperador Justiniano, y es la ley 3.ª, cap. *de suis et legitimis*, que es de los Emperadores Diocleciano y Maximiano, en que espresamente afirma que el hijo del que muere abintestato, y el nieto de otro hijo que premurió estando ambos bajo la patria potestad, suceden igualmente, segun evidentemente se estableció por la ley de las doce tablas.

19 No se opone á lo dicho el haber perecido las leyes de las doce tablas en el incendio que causaron en Roma los Galos, por ser constante que se recogieron y renovaron segunda vez todas ellas, de forma que quedaron tan íntegras y completas como estaban antes; lo que se conoce por el docto comentario que hizo á las leyes de las doce tablas el famoso jurisconsulto Cayo, que floreció en el siglo II en tiempo del Emperador Adriano, y aun sobrevivió á su sucesor Antonino Pio, segun observa Heineccio en la Historia de las antigüedades romanas, §. 313, cuyas leyes se conservaron íntegras hasta el siglo VI, en que perecieron por la irrupcion de los bárbaros, como lo afirma el mismo Heineccio en el §. 32 de dicha historia.

20 Terrason, en la Historia de la jurisprudencia, §. 1.º de la 2.ª parte al fin, es tambien de opinion que las leyes de las doce tablas subsistian poco tiempo antes de Justiniano, y presume se perdieron en el siglo VI.

21 No es disimulable la equivocacion que padece Heineccio en la nota que pone á Vinnio, §. 1.º, tít. 1.º, lib. 3.º de las Instituciones, donde afirma, con referencia á Jacobo Gotofredo en la tabla 5.ª, que no es cierto que en las leyes de las doce tablas se estableciese alguna que propia y especialmente dispusiese acerca de la sucesion de los herederos legítimos que se llaman suyos, siendo asi que el citado Gotofredo en el cap. 2.º del Comentario á la tabla 5.ª, repetidas veces afirma, que á la herencia de los intestados eran llamados en primer lugar los descendientes legítimos.

22 Tambien se conoce esta verdad de los testimonios que se han referido de los Emperadores Diocleciano y Maximiano y de Justiniano, que aseguran la representacion en la línea recta por disposicion de las leyes de las doce tablas, pues como el fin de la representacion sea poner al descendiente de grado remoto en lugar del que estaba en próximo, si este no tenia derecho por la ley para heredar á su ascendiente, era escusado que la ley de las doce tablas hubiera dispuesto que su descendiente entrase en su lugar representando su persona para dividir la herencia con los que eran de grado mas próximo.

23 Como la decision de esta ley es en todo conforme á lo dispuesto por derecho civil y por el real, han creido algunos glosadores que por ella se estendia la representacion en la línea colateral mas allá del tercer grado.

24 Antonio Gomez, que tampoco se conforma con el sentido literal de la ley, aunque desprecia esta esposicion por ser contraria al derecho civil, que no estiende la representacion en la línea colateral mas allá del tercer grado, se ha imaginado acertar y señalar el fin á que se dirije la presente ley, aunque por error ó inadvertencia del que la estendió (dice) se variaron ó equivocaron las palabras.

25 Quiere este autor que la ley se formó para resolver la cuestion disputada entre Azon y Acursio, á saber, si cuando á la sucesion del tio concurrian solamente sobrinos, hijos de dos ó mas hermanos, se habia de hacer la division por cabezas ó por estirpes: lo primero defendia y afirmaba Azon, y lo segundo Acursio; y dando aun mas estension á su conjetura se persuade y se presume que la decision recayó á favor de la opinion de Acursio. Lo mas particular de esta conjetura es, que toda ella se funda en la única razon de que para resolver una cuestion tan intrincada y difícil era precisa é indispensable una decision real que la declarase.

26 ¿Quién no creerá al ver que se esplica asi un autor de tanto juicio, que nuestras leyes reales han guardado en este punto el mas profundo silencio? Pero ha sido tan al contrario, que desde el orígen de la Monarquía española decidieron nuestras leyes la cuestion propuesta á favor de Azon, admitiendo á los sobrinos á la sucesion del tio por cabezas, y asi vemos se determinó en la ley 8.ª, tít. 2.º, lib. 4.º del fuero juzgo. El fuero real en la ley 13, tít. 6.º, libro 3.º, confirma la ley del fuero juzgo, y las partidas en la ley 5.ª, tít. 13, par-

tida 6.ª, corroboran la ley del fuero real; y despues que los tres mas famosos cuerpos de nuestra legislacion española, guardando en este punto una conformidad que rara vez se encuentra en otras materias, resolvieron la duda que podia haber por derecho civil, cree el citado autor que nuestra ley, se hizo con el fin de terminar la espresada duda, y al mismo tiempo confiesa que ínterin que el Príncipe no declare nuestra ley, debe seguirse lo dispuesto por el fuero real y partidas, que es lo mismo que decir que se observe la opinion de Azon, pues en dichas leyes se declaró en terminos espresos, que concurriendo los sobrinos entre sí á la herencia del tio se habia de suceder por cabezas y no por estirpes.

27 Si por la ley del fuero real y de las partidas está resuelta la duda entre Azon y Acursio, como lo reconoce Gomez cuando encarga la observancia de estas leyes, ¿qué motivo habia para presumir que por esta ley de Toro se quiso declarar la misma duda? ¿Ni qué necesidad puede imaginarse de que el Príncipe declare la presente ley, que habla de un caso en que todos convienen, á saber, que concurriendo los sobrinos con los tios, han de dividir la herencia por estirpes y no por cabezas?

28 Parece escusado que nos detengamos á proponer los fundamentos de las dos opiniones despues de una decision tan terminante y positiva de los tres cuerpos de leyes naturales que se han citado, y asi solo diré á favor de la decision de estas leyes, que el derecho de representacion que dió Justiniano en el capítulo 3.º de la novela 118 á los sobrinos hijos de hermanos, fue un privilegio para en caso que concurriesen con los tios á la sucesion de otro tio, cuyas palabras parece conveniente insertar aqui por ser demasiado claras y decisivas: *si autem defuncti fratres fuerint, et alterius fratris aut sororis premortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti, cum de patre et matre thiis masculis, et fœminis, et quanticumque fuerint, tantam ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus esset accipere si superstes esset.*

29 Como por estas palabras se manifiesta el derecho de representacion que el Emperador Justiniano concedió á los sobrinos hijos de hermano para concurrir con los tios hermanos del difunto, se infiere y deduce claramente que en el caso que el difunto no deja hermanos, y sí sobrinos hijos de estos, cesa el derecho de representacion, y deberán partir la herencia por cabezas y no por estirpes, por no verificarse el caso para que se les concedió el derecho ó privilegio de representacion, que fue para cuando concurriesen á la herencia con sus tios; y cesando la causa del privilegio debe cesar este y sus efectos, y mucho mas en el caso presente, que vendria á hacerse perjudicial á los mismos que se les concedió, pues sucederia que el mayor número de sobrinos hijos de un hermano no tendria mas parte en la herencia del tio que la que sacaria un solo sobrino hijo de otro hermano, siendo asi que todos estaban en un mismo grado, y por lo tanto debian partir la herencia por iguales partes ó por cabezas, como se dispone en la ley 2.ª, ff. § *hæc hereditas de suis et legitimis heredibus*; y es la razon porque entonces vienen á la sucesion por derecho propio, esto es, por parientes de grado mas próximo, en cuyo caso no tiene lugar la representacion, que nunca se verifica en la línea colateral entre parientes de grado mas próximo, pues teniendo el llamamiento de la ley, era escusado el derecho de representacion, que como queda manifestado es un privilegio, en virtud del cual se le concede al que es de grado mas remoto concurrir á la division con otro de grado mas próximo.

30 Mas útil y dificil resolucion es la duda que suscitan los comentadores del derecho civil, y que pasan en silencio nuestros autores pátrios que tratan de las sucesiones intestadas con arreglo al derecho real, y consiste en si cuando concurren hijos de varios hermanos del difunto á escluir á un tio de este, ó á un medio hermano del mismo, como en realidad lo escluyen, segun se dispone en el capítulo 3.º de la novela 118, y en la ley 5.ª, tít. 13, partida 6.ª, que espresamente ordena la esclusion de medio hermano, por los hijos de los hermanos enteros, y la ley 6.ª del mismo título, que tácitamente prefiere los hijos de hermano al tio del difunto, deberán los sobrinos dividir entre sí la herencia por cabezas ó por estirpes.

31 Cujacio en la Parat. C. *de legitim. heredibus*, y Vinnio en el libro 2.º de sus selectas cuest. 29 examinan esta duda, y son de sentir que en los dos casos espresados, igualmente que cuando concurren los sobrinos con un hermano de su tio, han de dividir la herencia por estirpes y no por

cabezas; por lo que afirma Cujacio que fuera de estos tres casos no se admita la representacion en la línea colateral, en la que á diferencia de lo que sucede en la línea recta, siempre el pariente de grado mas próximo escluye al mas remoto, y la herencia se divide por cabezas y no por estirpes.

32 Vinnio, que se dilata mas en este punto, alega entre otras razones, que asi como los hijos de hermanos escluyen por representacion de sus padres al medio hermano y tio del difunto, siendo el primero de grado mas próximo que ellos, y el segundo de igual grado que los mismos, del mismo modo deben dividir la herencia por representacion de sus padres, y de consiguiente deben suceder por estirpes y no por cabezas.

33 Contraida esta duda á nuestro derecho real, sin embargo de que no han hecho mencion de ella ni Ayora ni Febrero, ni el que despues lo ha reformado, soy de sentir que en los dos casos referidos deben dividir la herencia los hijos de los hermanos difuntos por estirpes y no por cabezas, y me fundo principalmente en que asi como escluyen por representacion de sus padres al tio y al medio hermano del difunto, del mismo modo deben suceder por representacion, por ser un principio sentado que por el derecho mismo que uno escluye á otro de la sucesion es admitido á ella, como se vé en el caso de que uno escluya á otro por proximidad de grado, que entonces sucede por la misma proximidad.

34 No ha faltado algun espositor moderno de las leyes de Toro, que en la 8.ª, haciéndose cargo de la duda propuesta, pretende usar del temperamento de decir que aunque los hijos de los hermanos escluyan por representacion de sus padres al medio hermano y tio del difunto, ellos entre sí dividen la herencia por iguales partes y no por representacion; de forma que la representacion la admite para la esclusion, pero no para la division; pero esta distincion ó temperamento claudíca por el principio establecido arriba, de que el derecho de suceder debe ser el mismo que el de escluir, y como este les compete á los hijos de los hermanos por representacion de sus padres, por el mismo derecho de representacion deben suceder en la herencia. Esto mismo se observa en la sucesion de los mayorazgos, que el llamamiento de uno es esclusion de otro, porque el derecho que uno tiene para suceder escluye á los demas.

35 Conviene advertir aqui que la representacion en los dos casos comprendidos en la duda tiene la particularidad de escluir de la sucesion al tio y medio hermano del difunto, en lo que se diferencia de la representacion que comunmente rige en las sucesiones hereditarias, pues en una y otra línea recta y colateral no se dirige á escluir, sino á concurrir, para dividir la herencia con otros.

36 No será fuera de propósito poner aqui un resúmen del órden que se observa en nuestro derecho real en las sucesiones abintestato de los parientes legítimos, asi en la línea recta de descendientes como en la colateral.

37 En la línea recta de descendientes, es principio sentado que deben suceder á sus ascendientes *in infinitum*, que es decir sin limitacion de grado por remoto que sea, ley 3.ª, tít. 13, partida 6.ª

38 En la línea colateral solo se estiende la sucesion de los parientes hasta el décimo grado, y se observa como regla general que el pariente de grado mas próximo es preferido en la sucesion á todos los demas, no dejando hermano ó hijo de hermano el difunto, ley 6.ª, título 13, partida 6.ª

39 Por esta razon los hijos de los hermanos concurren con los tios, sin embargo de estar en un grado mas remoto, á dividir la herencia del tio, representando la persona de sus padres, y por igual razon los hijos de los hermanos en representacion de sus padres escluyen de la herencia del tio, como se ha dicho, al medio hermano de este y al tio del mismo, sin embargo de que el primero está en grado mas próximo que ellos, y el segundo en igual.

40 Otro caso hay en que un pariente escluye á otro de igual grado, á causa del mayor parentesco y conjuncion que tiene con el difunto, como sucede cuando quedan dos hermanos, uno de padre ó madre solamente, y el otro de ambos, en cuyo caso este hermano por el doble parentesco que tiene con el difunto escluye de la herencia al que solo lo és de padre ó madre, sin embargo de que ambos estan en igual grado de parentesco, ley 5.ª *eodem titulo*.

41 Si los hermanos que deja el difunto, unos lo son de parte de padre y otro de madre, cada cual heredará aquellos bienes que

provienen de la parte de donde le dimana el parentesco, y asi los hermanos de parte de padre heredarán los bienes que provenian de este, y los de madre los que habian procedido de esta, y los bienes que el difunto hubiese adquirido por sí los partirán por iguales partes, ley 6.ª, *eodem. tít.*

42 No habiendo parientes colaterales legítimos dentro del décimo grado, la muger y el marido se heredarán mútuamente, y en defecto de ellos entra á suceder la Cámara del Rey segun la citada ley 6.ª

43 Por la ley 11, tít. 2.º, lib. 4.º del fuero juzgo el marido y la muger se sucedian mútuamente siempre que no dejaban parientes dentro del séptimo grado.

44 Se duda con harto fundamento si tanto la ley del fuero como la de la partida han sido derogadas por la ley 12, título 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que es de don Enrique III, en la que se ordena que si el que muere sin testamento no deja parientes, herede los bienes la Cámara del Rey, en donde ninguna mencion hace del marido ni de la muger, lo que ha sido causa de que los autores opinen unos por la derogacion y otros contra ella; pero si se atiende á que dicha ley habla de meros parientes, sin limitacion de grado ó espresion de cualidad, parece mas fundado decir que no se derogó por ella la ley de partida.

45 Aumenta esta conjetura la real cédula de [illegible] de Octubre de 1766, que hablando de [illegible] bienes mostrencos dispone que los bie[illegible] de los que mueren sin testamento, y no dejan parientes conocidos, se adjudiquen á la real Cámara, con arreglo á las leyes que cita, y una de ellas es la de la partida, y no era regular que fundase el derecho de la real Cámara á los bienes de los que no dejaban parientes conocidos en una ley que queria derogar, porque daba la preferencia á estos bienes al marido y muger.

46 En lo que ciertamente se derogó la ley de partida fue en la parte de su disposicion que estendia el parentesco hasta el décimo grado, pues por la ley 9.ª, título 10, lib. 1.º de la Recopilacion, que es de los Reyes católicos, se ordenó que si los que morian sin testamento no dejaban parientes dentro del cuarto grado, pudiesen los tesoreros de cruzada demandar sus bienes; y posteriormente en la instruccion de 25 de Agosto de 1786 concerniente á los abintestatos, mostrencos y vacantes, en el capítulo 7.º se limitó igualmente el derecho de los parientes para heredar á los que habian muerto sin testamento al cuarto grado; lo que debe entenderse por la computacion canónica, que equivale al octavo, y no por lo civil; cuyos bienes por dicha instruccion se aplican á la construccion y reparacion de caminos.

Ley IX de Toro; es la 7.ª, tít. 8.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Los hijos bastardos ó ilegítimos, de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su ánima é no mas ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, mandamos que el fijo ó fijos ó descendientes que toviere, naturales ó espurios, por su órden é grado les sean herederos legítimos ex testamento é abintestato: salvo si los tales fijos fueren de dañado é pugnible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato. Pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes é no mas de la que podian disponer por su ánima; y de la tal parte despues que la obieren puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos y legítimos como quisieren. Y queremos y mandamos que entonces se entienda é diga dañado é punible ayuntamiento cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural. Salvo si fueren los hijos de clérigos ó flaires ó freiles, ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor Rey don Juan el I en la ciudad de Soria, que fabla sobre la succesion de los hijos de los clérigos.

COMENTARIO

á la Ley 9.ª de Toro.

1 Dispone la presente ley que los hi-

jos ilegítimos, de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres ex testamento ó abintestato, teniendo dichas sus madres hijo ú hijos, ó descendientes legítimos; pero no se les prohibe que puedan en vida ó en muerte mandarles hasta la quinta parte de sus bienes. En caso en que las madres no tengan hijos ó descendientes legítimos, aunque hayan padre ó madre ó ascendientes legítimos, los hijos ilegítimos que tuvieren, bien sean naturales ó espurios, por su órden y grado sean herederos forzosos legítimos ex testamento y abintestato de sus madres, á no ser que dichos hijos sean nacidos de damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, que en tal caso no podrán heredarla ex testamento y abintestato, aunque se les permite que puedan dejarles por via de manda en vida ó en muerte hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual puedan disponer libremente en vida ó en muerte los espresados hijos ilegítimos. Declara tambien la ley, que hijo de damnado y punible ayuntamiento se entienda y diga aquel que nace de madre que incurre en pena de muerte natural por el referido ayuntamiento, á no ser que fuesen hijos de clérigos ó frailes, ó freiles, ó monjas profesas, que entonces, aunque la madre no incurra en pena de muerte, manda la ley que se guarde lo dispuesto en la que hizo el señor Rey don Juan I en la ciudad de Soria, que habla de la sucesion de los hijos de los clérigos.

2 Cinco son los puntos ó partes que comprende la disposicion de la ley: en la primera se inhabilita á los hijos ilegítimos de poder ser herederos de sus madres ex testamento ó abintestato teniendo estas hijos ó descendientes legítimos: en la segunda se los declara por herederos necesarios y legítimos no teniendo sus madres hijos ó descendientes legítimos: en la tercera propone la escepcion de la regla antecedente reducida á que no tenga lugar la espresada regla cuando los hijos son nacidos de damnado y punible ayuntamiento de parte de madre: en la cuarta declara qué hijos se deben entender nacidos de damnado y punible ayuntamiento: en la quinta esceptúa de la declaracion antecedente á los hijos de clérigos, frailes ó freiles, ó monjas profesas, que aunque no incurra la madre en pena de muerte, los inhabilita para suceder á sus madres, y manda que lo dispuesto en la ley que hizo el Rey don Juan el I en la ciudad de Soria acerca de la sucesion de los hijos de los clérigos se guarde y observe en la sucesion de las madres de los mismos hijos, cuya ley es la 6.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

3 De cada una de estas partes hablaré con separacion por su órden; pero antes conviene notar las diferentes especies de ilegítimos que reconoce el derecho.

4 Los hijos habidos fuera de matrimonio se comprenden generalmente bajo el nombre comun y genérico de bastardos ó ilegítimos, segun lo indica la presente ley, que dirigiendo su disposicion á los hijos engendrados de cópula ilícita usa de las palabras bastardos ó ilegítimos como sinónimas ó espresivas de un mismo significado.

5 El señor Covarrubias en la 2.ª parte *de Matrimonio*, cap. 8.º, SS. 4.º, número 15, pretende, siguiendo los autores que cita, que el hijo bastardo es lo mismo que natural, sin alegar ni dar otra prueba de su dicho que la autoridad de los autores que ha referido, y no contento con seguirla pretende adaptar nuestra ley á su opinion, á cuyo fin nos hace la apreciable advertencia de que la ley no quiso decir que cualesquiera hijos ilegítimos eran bastardos, sino que los bastardos eran una especie de ilegítimos, y que habia otros ilegítimos que no eran bastardos. A mas la palabra bastardo trae su órigen y etimología de basto, que es lo mismo que grosero y tosco, y en la presente materia á no legítimo y legal, sino ilegítimo y aun ordinario. Prueba su opinion con las palabras de la misma ley, que despues de la palabra bastardos añade, ó ilegítimos, de cualquiera calidad que sea, sin advertir que esto mismo destruye la opinion que intenta establecer, porque ó los hijos naturales se comprendian en la voz genérica de ilegítimos, ó no: si se dice lo primero era ocioso é inútil y contra reglas de lógica hacer mencion espresa de los bastardos ó naturales si estaban comprendidos como especie bajo el nombre genérico de ilegítimos, y se pecaria contra las reglas de division que prohiben que una cosa se divida en una parte y el todo, á causa de que en el todo se comprende la parte, y los miembros dividentes han de ser enteramente distintos para que la division sea recta y adecuada.

6 Si se elige el segundo estremo de que los hijos bastardos ó naturales no estan comprendidos bajo el concepto genérico de ilegítimos, se seguiria el inaudito absurdo de haberlos de contar entre los hijos legítimos, pues el derecho no reconoce medio alguno entre los hijos legítimos é ilegítimos, y por lo tanto si los bastardos ó naturales no correspondian á una de las especies de ilegítimos, debian reputarse por legítimos, supuesto que no se da medio entre estos dos estremos.

7 Acaso se dirá que habiendo usado la ley de la partícula disyuntiva, ó entre bastardos é ilegítimos, fue para darnos á entender que dichas palabras eran diversas y de distinto significado, y asi no podian tomarse en un mismo sentido. En satisfaccion de esta duda debo manifestar que la partícula *ó* es disyuntiva siempre de palabras, pero no lo es siempre y constantemente de cosas, como lo indican los siguientes ejemplos: Pedro ó Juan; un caballo ó un burro; un monte ó un valle: en todos estos casos la partícula *ó* es disyuntiva de palabras y de cosas, porque ni la palabra Pedro es la palabra Juan, ni la de caballo es la de burro, ni la de monte es la de valle, ni al contrario; y tambien es disyuntiva de cosas, porque ni Pedro es Juan, ni el caballo burro, ni el monte valle, ni vice versa. Pero cuando se dice hombre ó animal racional, un cerdo ó un lechon, un perro perdiguero ó un pachon, en estos casos la partícula *ó* es disyuntiva solamente de palabra por lo mismo que se ha dicho arriba; pero no lo es de cosas, porque hombre y animal racional es en realidad una misma cosa, como un cerdo y un lechon, un perro perdiguero y un pachon; de forma que la partícula *ó* en los casos espresados es disyuntiva únicamente de palabras, pero no lo es de cosas, porque aunque las palabras son distintas tienen un mismo y solo significado, y esto es lo que sucede en las palabras de bastardos ó ilegítimos de que usa nuestra ley.

8 Me ha parecido hacer esta esplicacion del valor ó significado de la partícula disyuntiva *ó*, asi por dar claridad á la disposicion de la presente ley, como por haber notado que ni en nuestros diccionarios de la lengua, ni en la gramática castellana de la Academia, ni aun en la apreciable obra del abate Garcés de las partículas de la lengua castellana, se hace la menor insinuacion de este vario uso que tiene en nuestra lengua la partícula disyuntiva *ó*.

9 Supuesto, como se ha probado, que los hijos bastardos ó ilegítimos son una misma cosa, y que nada aprovecha al señor Covarrubias la induccion que saca de las palabras de la ley, ó ilegítimos, de cualquiera calidad que sean, para inferir que los bastardos eran una especie de ilegítimos, y que habia otros ilegítimos que no eran bastardos, porque como se ha visto, esto es confesar que los bastardos como especie se contenian bajo el nombre genérico de ilegítimos, lo que envuelve el absurdo de poner una disyuntiva entre la especie y el género que la contiene, por ser contra reglas de division que un estremo de ella se contenga en el otro, cual cometeria el que dividiese ó pusiese una disyuntiva entre los caballos y animales irracionales de cualquier condicion que fuesen, por comprenderse la especie caballos bajo el concepto genérico de animales irracionales. Paso á hablar con separacion de cada una de las especies de hijos ilegítimos que reconoce el derecho, y son naturales, nothos, espurios, manzeres, incestuosos, adulterinos y sacrílegos.

10 Naturales se llaman aquellos que han sido engendrados de padres que vivian en concubinato con las condiciones que se espresarán en el Comentario á la ley 11.

11 Nothos aquellos que nacen de padres conocidos y hábiles para contraer matrimonio, sin que hayan vivido en concubinato. Haciendo paralelo el señor Covarrubias de estos hijos con los naturales observa sábiamente en la parte 2.ª, cap. 8.º *de Matrimonio*, SS. 4.º, número 11 y siguientes, que los naturales, no teniendo su padre hijos ó descendientes legítimos, heredan abintestato dos onzas de la herencia paterna partibles con su madre, segun la disposicion de la novela 89, cap. 12, SS. 4.º *Si quis autem*, y el final del mismo capítulo, cuando los nothos en igual caso estaban escluidos de tener parte en la herencia de su padre abintestato por el SS. 5.º del mismo capítulo y novela.

12 Pujacio, á quien sigue Heineccio en el lib. 2.º, cap. 4.º, número 4.º á la ley Julia y Papia, pretende que los hijos naturales y nothos vienen á ser una misma cosa en el lib. 5.º, cap. 6.º de las observaciones; pero en el Comentario ó esposi-

cion que hace de la novela 18, despues de haber manifestado la parte que les corresponde á los hijos naturales de la herencia de sus padres con arreglo á lo dispuesto en el capítulo 5.º de la novela 18, y en el 12 de la 89, pregunta á continuacion (olvidado sin duda de que habia dicho que los hijos naturales y nothos eran una misma cosa) por qué los hijos espurios y nothos suceden á sus madres abintestato, y no á sus padres; en cuya pregunta supone por cierto é indubitado que los nothos, asi como los espurios, no tienen parte alguna en la herencia de sus padres abintestato, en cuya suposicion es absolutamente incomponible é inconciliable que el hijo natural y notho sea una misma cosa, porque del natural se afirma en los dos capítulos de las novelas citadas que sucede abintestato á su padre en dos onzas de la herencia en el caso que se espresa; y suponer que el notho, siendo lo mismo que el natural, no sucede abintestato á su padre en igual caso, es incurrir en una manifiesta contradiccion, admitiendo á un hijo á la herencia intestada de su padre, y escluyendo al mismo en igual caso de poder tener parte en ella. La razon en que se funda Pujacio para probar que el notho no sucede á sus padres abintestato obra igualmente en el hijo natural, como se convencerá el que lea su esposicion en el lugar citado, con la particularidad que cuando despues de haber dado la razon por qué los espurios no suceden á sus padres abintestato, y sí á sus madres, pasa á hablar de los nothos, repite que los nothos son lo mismo que naturales.

13 En la ley 45, cap. *de episcopis et clericis* tenemos el mas claro testimonio de que los hijos llamados nothos no son lo mismo que los naturales, sino distintos de ellos. Renovándose en ella las disposiciones de los sagrados cánones que prohibian á los clérigos ó presbíteros, diáconos y subdiáconos contraer matrimonio, ordena el Emperador Justiniano que los hijos nacidos de tales matrimonios sean tenidos en el mismo concepto que las leyes tenian á los que nacian de incestuosas y nefarias nupcias, de forma (añade) que ni sean naturales ó nothos ó espurios (véanse sus palabras), *ita ut neque naturales, aut nothi, seu spurii inteligantur*, por las que se vé que las partículas latinas *aut* y *seu* equivalen á la castellana ó; y teniendo presente lo que se ha dicho arriba del significado de la partícula disyuntiva *ó*, es forzoso convenir en que los nothos son distintos de los naturales, ó que estos son lo mismo que espurios, porque de la misma ó igual disyuntiva usa la ley entre naturales y nothos que entre nothos y espurios, con que si en el primer caso se ha de entender que media entre palabras de un mismo significado, otro tanto debe decirse del segundo, segun el principio de lógica que enseña que las cosas que se identifican ellas con un tercero, se identifican ellas entre sí; de que se sigue el enorme absurdo de que los hijos naturales sean lo mismo que los espurios.

14 Acaso se pretenderá decir que aun admitido que los hijos llamados nothos se distinguen de los naturales, no hay razon para inferir que los hijos que se escluyen por las referidas novelas de la herencia de su padre abintestato sean los nothos, segun pretende el señor Covarrubias, y no otros de los comprendidos en las varias especies que hay de hijos ilegitimos; pero sin embargo debe decirse que en dichas novelas se encuentra bastante fundamento para persuadirse que su resolucion solo tiene por objeto á los hijos denominados nothos.

15 Se ha dicho al principio tratando de estos hijos, que son aquellos que nacen de padres conocidos y hábiles para contraer matrimonio, que no han vivido en concubinato, cuyas condiciones se verifican á la letra en aquellos de que tratan las espresadas novelas, y no se hallan en ninguna de las otras especies de hijos ilegítimos, lo que da suficiente motivo para creer que los hijos de que hablan dichas novelas son los denominados nothos.

16 Aun se deduce de dichas novelas otro argumento que persuade lo mismo. En ellas se escluye de la sucesion intestada á los hijos de que vamos hablando, y nada se dispone acerca de la sucesion ex testamento, de que se infiere que no estan escluidos de ella, porque la capacidad de ser estituido heredero pertenece á la clase de cosas que se permiten, y se entienden permitidas todas aquellas que no se prohiben por las leyes; con que no prohibiéndoseles á los hijos de que tratan las enunciadas novelas ser herederos ex testamento de sus padres es claro que se les concede el poderlo ser, lo que no se admite y verifica en ninguna otra especie de hijos ilegítimos fuera de los naturales, como se convence

de la auténtica *ex complexu C. de incestuosis nuptiis*, tomada del capítulo último de la novela 89, en que se dispone que los engendrados de cópula prohibida ni aun los alimentos pueden recibir de sus padres siendo indignos del beneficio de la herencia.

17 El que á los hijos de que hablan las novelas se les escluía de la sucesion abintestato no da motivo para inferir que tambien lo estan de la testamentaría, porque la sucesion abintestato se defiere por disposicion de la ley, y la testamentaría por disposicion del hombre, y nada tiene de estraño que en defecto de la disposicion ó voluntad de los padres escluían las novelas á los hijos habidos de madres que no estaban en clase de concubinas, las que no podian ser sino una sola vez, como se dirá en el Comentario á la ley 11.

18 He dicho que á ninguna otra especie de hijos ilegítimos puede aplicarse la disposicion de las novelas sino á los nothos, porque estos ni nacen de cópula prohibida por las leyes, ni de padres que se hallen inhabilitados para contraer matrimonio, lo que no se verifica en los hijos concebidos de incesto, adulterio ó sacrilegio, ni tampoco en los espurios, que son aquellos cuyo padre se ignora, porque mal podria, ignorándose su padre, ser heredero del mismo en concepto de hijo. Cuanto se ha espuesto en esta razon adquiere un nuevo grado de probabilidad si se reflexiona que la misma novela que escluye á los hijos habidos de muchas concubinas á un tiempo de la herencia de su padre, si muere abintestato, priva generalmente en el capítulo último á los hijos procreados de incesto, adulterio ó cópula prohibida de tener la mas mínima parte en la herencia de su padre, declarándolos indignos aun de los alimentos, lo que manifiesta que no estan comprendidos en esta prohibicion los hijos habidos de muchas concubinas á un tiempo, porque seria ocioso haberlos escluido de la herencia de su padre si moría abintestato. Estando incluidos en la general prohibicion que se hace en el capítulo último á los incestuosos, adulterinos y de cópula prohibida de tener parte en los bienes de su padre ni ex testamento ni abintestato ni aun por razon de alimentos, resta ahora satisfacer á la dificultad que ofrece la ley 1.ª, tít. 15, partida 4.ª, la que hablando de las varias especies de hijos ilegítimos, afirma que nothos son aquellos que nacen de adulterio, y son llamados así porque semeja que son hijos conocidos del marido que la tiene en su casa é no lo son. La esposicion que hace de los hijos nothos la ley de partida la tomó su compilador de la glosa magna de las Decretales en el capítulo 10, *de renuntiatione verbo manzeres*, donde se halla á la letra la doctrina que refiere la ley; pero á poco que se reflexione se convencerá cualquiera del absurdo que envuelve.

19 Si el hijo de que hablamos es del marido de la madre que lo dió á luz, implica que sea adulterino por ser procreado de padres legítimos, y si es de distinto padre no puede tenerse por hijo conocido del marido de la adúltera por la contradiccion que envuelve ser un hijo conocidamente de un padre, y haber sido engendrado por otro, ademas de la violencia que se hace de la propiedad del significado de la palabra conocido, aplicándola á un hijo que supone no lo es en realidad del padre que se le atribuye.

20 Sin duda dió causa al error de la glosa magna y del compilador de la ley de partida el suponer que la palabra *nothus* era latina, y que significaba conocido, como se verifica en la palabra *notus* sin h, que propiamente es latina; pero la palabra *nothus* con h es griega, como lo manifiesta el señor Covarrubias en el lugar citado arriba; y Cujacio en la novela 12 dice que la palabra *nothus* no tiene equivalente en el latin, y Escrevelio en su Diccionario de la lengua griega afirma que *nothus* equivale á ilegítimo.

21 Los espurios se comprenden en dos clases: unos que en significado propio y rigoroso se llaman así, y otros que tienen el mismo nombre en sentido lato é impropio. Los primeros son aquellos que nacen de madres que han tenido comercio con muchos, por lo que se ignora su padre, acerca de los cuales observa el señor Covarrubias en la parte 2.ª *de Matrimonio*, capít. 8.º, SS. 5.º, número 1.º, que entre los romanos se notaban con las dos letras iniciales S. P., que equivale á *sine patre*, y lo mismo afirma Heineccio en el lib. 2.º, capít. 4.º, número 4.º, *ad legem Juliam et Papensem*. En este mismo sentido llama espurios la ley 1.ª, tít. 15, partida 4.ª á los que nacen de mugeres que tienen algunos por barraganas de fuera de sus casas, é son ellas atales que se dan á otros homes sin aquellos que las tienen por ami-

gas; por ende no saben quién es su padre el que nace de tal muger; y confirma lo mismo la ley 11, tít. 13, partida 6.ª

22 Tambien pertenecen á esta clase los manceres, como manifestaré despues. De esta clase de espurios hacen mencion las leyes bajo el nombre de *vulgo quæsiti*, como se echa de ver en la ley 23, ff. de *statu hominum*, y en el SS. 12, *institutio de nuptiis*, y en el 7.º *senat. consult. Tertuliano.*

23 Los espurios de la segunda clase son aquellos que aunque tienen padre conocido es de tal condicion que no debia serlo, como se espresa en la citada ley 23, ff.; de que se deduce que pertenecen á esta clase los hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos por ser engendrados de padres que no debian serlo, y asi en el cap. 6.º *qui filii sint legitimi*, se llama espurio al hijo adulterino, y en el 16 *de filiis presbiterorum* á los hijos de los canónigos.

24 Los manzeres, segun el cap. 23 del Deuteronomio, versículo 2.º, son aquellos que nacen de prostituta, en lo que conforma la citada ley de partida del tít. 15, sin otra diferencia que la de que la prostituta ha de estar en la putería; y como ni en uno ni en otro caso puede saberse el padre, por eso dije que los manzeres pertenecian á la primera clase de espurios que son engendrados de padres desconocidos.

25 Otras de las especies de hijos ilegítimos son los incestuosos, llamándose asi los que nacen de padres que se hallan ligados con vínculo de parentesco. Como el parentesco puede ser entre personas de la línea recta y colateral ó trasversal, se subdividen los incestuosos en dos clases, á saber, de línea recta y trasversal. Los primeros se llaman incestuosos por derecho de gentes, y los segundos por derecho civil segun se dispone en la ley última, ff. *de ritu nuptiarum*, y la 38, ff. SS. 2.º *ad legem Juliam de adulteris*, por lo que es desatendible la distincion que intentan establecer algunos llamando nefarias las nupcias celebradas entre personas de línea recta, é incestuosas á las que se contraen entre las colaterales, y en confirmacion de esto vemos que en SS. 1.º, *institutionem de nuptiis*, hablando de las nupcias celebradas entre personas de línea recta, las llama promiscuamente nefarias é incestuosas, y en el capitulo 1.º de la novela 12, y en el 15 de la 89, tratando de las nupcias que repugnan á la naturaleza, las llama indistintamente incestuosas y nefarias, y en la novela 150 atribuye la voz nefarias á las nupcias que celebra el raptor con la que se ha llevado por fuerza, aunque posteriormente haya intervenido el consentimiento libre de la muger. Con la misma generalidad habla la ley última, capítulo *de incest. nuptiis*, de las contraidas en grado prohibido de afinidad.

26 Hijos adulterinos son aquellos que han sido engendrados de padres ligados con el vínculo del matrimonio; y como puede suceder que los dos respectivamente se hallen casados ó solamente uno de ellos, de aqui es que el adulterio puede ser doble y sencillo, cuya circunstancia no varía la cualidad de los hijos adulterinos.

27 Sacrílegos se dicen aquellos que son engendrados de clérigos constituidos en sagrados órdenes, de frailes y monjas que habian hecho voto solemne de religion, y de caballeros profesos en las órdenes militares; debiendo tenerse presente la advertencia que se hizo hablando de los adulterinos, y asi no es necesario que ambos padres esten ligados con voto solemne de castidad. Los que sean procreados de padres, que alguno de ellos haya hecho voto simple de castidad, tambien deben tenerse por sacrílegos en el fuero esterno si consta de esta cualidad.

28 Cuanto queda dicho acerca del verdadero significado de cada una de las especies de hijos ilegítimos se debe entender en el sentido propio y rigoroso, sin que esto impida que algunas veces se tome en un sentido lato y menos propio, como lo observa el señor Covarrubias en el número 4.º del SS. 5.º del citado capítulo 8.º

29 Distinguidas ya y especificadas las diversas clases de hijos ilegítimos, síguese tratar ahora de la primera parte de la disposicion de la presente ley, por la que se escluye á los hijos ilegítimos de poder ser herederos de sus madres, tanto ex testamento como abintestato, teniendo estas hijos ó descendientes legítimos.

30 Es constante que por la ley de las doce tablas estan los hijos, de cualquier condicion que fuesen, escluidos de poder ser herederos de sus madres abintestato, como consta del SS. indicial *institutione de senatuconsulto Tertuliano*, hasta que por el Orficiano fueron admitidos á la herencia intestada de las mismas, segun el SS. inicial del mismo senado consulto, de forma que por

la ley 1.ª, SS. 2.º, ff. *ad senatum-consultum Tertulianum*, los hijos vulgo *quæsiti* eran admitidos á la herencia legítima de sus madres, y lo mismo se dispuso por el SS. 3.º *institutione de senatu-consulto* Orficiano; y por la ley 2.ª y 8.ª, ff. *unde cognati*, y por la 29 *de inoffic. testamento* podian usar los espurios ó vulgo *quæsiti* de la querella de *inofficioso testamento.*

31 Este derecho de los espurios de ser admitidos á la herencia intestada de sus madres ó testada, lo conservaban aun en concurrencia de los hijos legítimos, como se infiere de la ley 5.ª, capítulo *ad senat. cons. orfic.*, por la que se priva á los espurios de madre ilustre de tener parte con los legítimos en los bienes de su madre, ya sea ex testamento como abintestato ó por donacion entre vivos.

32 La misma ley del capítulo propone á la regla establecida una escepcion, en virtud de la cual los hijos espurios estan privados de ser herederos de sus madres ilustres, sea ex testamento ó abintestato, y aun de poder recibir de ella donacion inter vivos.

33 Nuestro derecho real de las partidas, que pocas veces se aparta del romano, siguió á este admitiendo á los espurios juntamente con los legítimos y naturales á la sucesion de sus madres, segun se dispone en la ley 11, número 13, partida 6.ª, y aun abrazó la escepcion de la ley del capítulo en la parte que escluye á los espurios de la sucesion de la madre ilustre.

34 Con motivo de la ley del capítulo citado se ha suscitado la duda por los Comentadores en la ley de Toro, si los hijos espurios de la muger ilustre estarán escluidos de tener parte en los bienes, aunque no tenga hijos legítimos. Antonio Gomez en el número 9 y 10 del Comentario á esta ley propone y resuelve la duda, afirmando que el hijo espurio está escluido de poder suceder á su madre ilustre, aun cuando no tenga esta hijos legítimos, dando por razon que la ley de Toro dejó sin correjir el derecho comun de la del capítulo.

35 Para manifestar la falsedad de la opinion de Gomez basta leer la espresada ley 5.ª En ella entra suponiendo Justiniano que se dudaba cómo se habian de dividir los bienes de la madre ilustre si esta tenia hijos legítimos y espurios, y en resolucion de esta duda ordena que los hijos espurios nada puedan obtener de los bienes de su madre ilustre, bien sea ex testamento, abintestato ó por donacion entre vivos, teniendo hijos legítimos.

36 Es necesario cerrar los ojos á la razon para no conocer que la duda que se propuso resolver Justiniano en dicha ley fué concreta al caso de que la madre ilustre tuviese hijos legítimos y espurios, porque de otro modo no podia tener lugar la duda de la division que se habia de hacer de los bienes de la madre ilustre entre los hijos legítimos y espurios. La duda fue pues concreta al caso que hubiese estas dos clases de hijos. Veamos ahora su resolucion.

37 Por ella dispone que los hijos espurios no tengan parte alguna con los bienes de su madre ilustre teniendo esta hijos legítimos, por donde se manifiesta con la mayor claridad y hasta la evidencia que la decision de Justiniano fue concreta y condicional para el caso de la duda de que la madre tuviese las dos clases espresadas de hijos, porque de otro modo ni la decision corresponderia á la duda, y si hubiera sido absoluta y para todo caso la esclusion de los hijos espurios, no debiera haber añadido en la decision las palabras *justis liberis existentibus*, ni habia necesidad de que hubiese añadido dichas palabras. Lo que ejecutó para manifestar que la prohibicion no habia sido absoluta, sino concreta, cualificada y condicional para el caso de la duda, y nadie ignora que toda disposicion que se funda en una condicion cesa faltando la condicion.

38 Aun cuando la ley del capítulo no estuviera tan clara y terminante como hemos visto, debiera haber bastado á Gomez la resolucion de la ley 11, número 13, partida 6.ª, para abstenerse de proponer la espresada duda. En ella se establece por regla general, que por ser siempre ciertas las madres de los hijos que nacen de ellas, todos deben heredarlas juntamente con los legítimos. Sentada esta regla pasa á proponer dos escepciones, de las cuales la una corresponde á los hijos, y la otra á las madres. En la primera esceptúa y escluye de la herencia de sus madres á los incestuosos ó engendrados de cópula prohibida, en que son comprendidos los adulterinos y sacrílegos; y en la segunda, concerniente á las madres, esceptúa á las que sean de noble linage, mandando que á estas no pueda suceder el hijo espurio juntamente con el legítimo. Véanse sus palabras: "Cá si esta

tal (la madre ilustre) oviese fijo de aquellos que son llamados espurios, no debe heredar de los bienes de ella el espurio con el legítimo." De cuyas palabras se convence con la mayor claridad que la esclusion de los hijos espurios de la herencia de su madre ilustre no es absoluta y general, sino precisa, y limitada al caso en que la madre tenga hijos legítimos; con que no verificándose esta cualidad ó circunstancia en la duda propuesta y suscitada por Gomez, es á todas luces claro que el hijo espurio no está escluido de suceder á su madre ilustre, cuando esta no tiene hijos legítimos, ni por la ley del comentario ni por la de la partida.

39 Omito detenerme á manifestar la poca solidez de la razon que alega Justiniano en la ley 5.ª para escluir á los hijos espurios de tener parte en los bienes de la madre ilustre, sobre lo que podrá verse á Heineccio en el lib. 3.º de las reflexiones á las instituciones, SS. 750, contentándome con decir que la razon que da Justiniano es mas caballeresca que moral y cristiana por no ser menos contrario á la honestidad y pudicicia el tener hijos naturales que espurios, y los primeros no son escluidos de la sucesion de sus madres por dicha ley.

40 A esto se aumenta que el espurio, tomado en el sentido riguroso en que le toma la ley, es lo mismo que hijo de padre desconocido, y de consiguiente se sigue forzosamente que la madre de tal hijo tenia comercio con muchos á un tiempo, y entonces causa la mayor admiracion que la prostitucion, que envilece á las mugeres del estado comun, no perjudique á las ilustres para que decaigan de su clase y esfera, sino que por el contrario se les concede distinciones que se niegan á las demas, si es que puede reputarse por distincion y no por pena y castigo el privar á una madre ilustre que no tiene hijos legítimos, y sí espurios, desahogar su natural amor materno dejando á sus hijos espurios el todo ó parte de sus bienes.

41 Se engaña Gomez en decir que la presente ley de Toro dejó incorrecto el derecho comun de la ley de Justiniano, porque en parte lo corrigió, y en parte lo amplió y estendió. Lo corrigió en cuanto escluyó á los hijos naturales de poder concurrir á la herencia de sus madres con los legítimos, lo que se les concedia por la espresada ley, y tambien se derogó á esta en cuanto prohibia que las madres ilustres teniendo hijos legítimos no pudiesen dejar á los espurios parte alguna de sus bienes por ningun título, habiéndose concedido por nuestra ley á todas las madres que tuviesen hijos legítimos poder dejar á los ilegítimos, de cualquier clase que fuesen, hasta la quinta parte de sus bienes.

42 Amplió y estendió la disposicion de la ley de Justiniano, que prohibia á los hijos espurios ser herederos ex testamento, ó abintestato de su madre ilustre teniendo esta hijos legítimos, y quiso que dicha disposicion comprendiese á todas las madres, fuesen ó no ilustres, pues la ley habla generalmente y no hace ninguna distincion.

43 Nuestra ley en cuanto escluye á los hijos ilegítimos, de cualquier condicion que sean, de concurrir con los legítimos á la herencia de sus madres, siguió el ejemplo de lo que dice el cap. 21 del Gen. de Isaac con respecto á su hermano Ismael: *Non erit filius ancillæ cum filio liberæ*; y en la parte que permitió que las madres pudiesen mandar á sus hijos naturales ó espurios hasta la quinta parte de sus bienes imitó el hecho de Abraham en el cap. 25 del Génesis, que nombró por heredero á su hijo legítimo Isaac, y á los hijos de las concubinas los hizo mandas. *Dedit Abraham cuncta quæ possidebat Isaac, filios vero concubinarum largitus est munera.*

44 En la segunda parte de la ley se concede á la madre que no tenga hijos ó descendientes legítimos, que los naturales ó espurios por su órden y grado la sean herederos legítimos ex testamento ó abintestato, aunque tenga padre ó madre ó ascendiente legítimo. Por esta disposicion se ve que la ley de Toro confirma lo dispuesto por el derecho comun, que admitia á los hijos naturales y espurios á la sucesion de sus madres, como se ha manifestado, con la diferencia de que por aquel derecho concurrian juntamente los espurios con los naturales, y que por nuestra ley los naturales escluían á los espurios, segun se infiere de la espresion que usa de que sean herederos por su órden y grado los naturales y espurios, con lo que claramente da á entender que primero han de ser instituidos herederos los naturales, y en su defecto nombra y sustituye los espurios, porque la palabra órden denota graduacion y preferencia respectiva, y de consiguiente el

preferido escluye al que no lo es, así como el instituido al substituto.

45 De la misma espresion se vale la ley 6.ª cuando llama á los ascendientes por su órden á la herencia de sus descendientes, para dar á entender que primero han de suceder los padres y en su defecto los abuelos.

46 Tambien quiere la ley que se tenga consideracion al grado, para el que suceda en el grado mas próximo, cuya proximidad no se ha de entender precisamente la mas inmediata, sino que bastará que lo sea por representacion, como se observa en las demas sucesiones de los hijos legítimos segun el SS. 6.º, tít. 1.º, lib. 3.º *Institutionum*, y la ley 3.ª, tít. 13, partida 6.ª, de forma que el hijo de un hijo natural escluia á un hijo espurio, sin embargo de que sea de grado mas próximo, porque entra en representacion del grado de su padre, y ademas tiene la preferencia que hemos visto le da á este la ley, debiéndose entender esta proximidad de grado á la manera de la que se observa en la sucesion de los mayorazgos.

47 Siendo pues los hijos naturales y espurios herederos legítimos de sus madres, es indudable que les compete la querella *de inofficioso testamento*, caso de ser desheredados, segun se dispone por derecho civil en la ley 29, SS. 1.º ff. *de inofficioso testamento.*

48 A continuacion de la regla precedente establece la ley una accesion que se contiene en su tercera parte, y se reduce á escluir de la sucesion de sus madres á los hijos que fueren concebidos de damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, escluyéndolos en tal caso de ser herederos suyos ex testamento ó abintestato, permitiéndoles no obstante que les puedan mandar hasta la quinta parte de sus bienes.

49 Como en seguida pasa la ley á declarar cuáles hijos se han de tener por de damnado y punible ayuntamiento de parte de la madre, conviene para mayor claridad suspender la esplicacion de esta tercera parte, hasta ver la declaracion que de ella se hace en la cuarta, por la que quiere y manda que aquellos hijos se digan, y tengan por de damnado y punible ayuntamiento, cuando la madre incurre por él en pena de muerte natural.

50 Habiendo visto que la ley escluye de la sucesion de sus madres ex testamento y abintestato á los hijos concebidos de damnado y punible ayuntamiento, y que declara que este ayuntamiento es aquel por el que la madre incurre en pena de muerte natural, corresponde examinar los casos en que por nuestras leyes se incurre en dicha pena.

51 El incesto, que es el ayuntamiento que se hace entre personas unidas por parentesco hasta cierto grado, bien sea en la línea recta, oblicua ó trasversal, ó de aquellas en que media afinidad, segun la ley 13, tít. 2.º, partida 4.ª, puede dudarse con harto fundamento si es de aquellos porque se impone á las madres pena de muerte por nuestras leyes.

52 En la 3.ª del título 18, partida 7.ª, tratando de la pena que deben sufrir los que cometen el delito de incesto, se ordena que probado que sea legítimamente debe imponerse al hombre la pena de adulterio, la cual respecto del hombre es capital segun se espresa en la ley 15, título 17 de la misma partida, y hablando dicha ley 15 de la pena que ha de sufrir la muger, dice que la misma pena debe haber la muger que á sabiendas ficiere este pecado, de cuyas palabras parece inferirse que tambien la muger ha de sufrir la pena capital; pero si se hace reflexion á que dicha ley 15 castiga el adulterio de la muger con pena de azotes y reclusion en un monasterio, lo que está muy distante de la pena capital, facilmente se comprenderá que el haber dicho la ley 3.ª que la muger incurra en la misma pena de adulterio, no fue para igualarla á la pena de adulterio que se imponia al hombre, sino á la que por la espresada ley 15 se imponia á la muger; como si dijera que á la muger incestuosa se imponga la misma pena de adulterio que se imponia á la adúltera, lo que se hace aun mas verosímil y probable si se reflexiona que cuando al incestuoso se le impone la pena de adulterio, se entiende que haya de ser la misma que sufriria el adúltero y no la adúltera, con que cuando á la incestuosa la impone la ley la pena de adulterio, debe entenderse respectivamente la que sufriria la muger adúltera, y no el adúltero; y si no dígase, ¿qué razon puede haber para que la pena de adulterio en que incurre el incestuoso sea la misma que se impone al adúltero, y la pena de adulterio en que incurre la incestuosa no haya de ser la misma que se impone á la

adúltera? A esta esposicion parece inclinarse Gregorio Lopez en la glosa 2.ª de la citada ley 3.ª, y en la 5.ª de la ley 11, tít. 13, partida 6.ª, lo que se confirma con aquella regla de justicia, que enseña que en las dudas se ha de seguir la opinion mas benigna, y de la misma opinion es Antonio Gomez al número 14.

53 Supuesto, pues, que por el incesto no incurre la madre en pena de muerte natural, se ha de decir con arreglo á nuestra ley que el hijo concebido de incesto no está escluido de suceder á su madre ex testamento y abintestato, y que en uno y otro caso es su heredero legítimo.

54 Mas fácil seria de resolver otra duda reducida á si los hijos de la adúltera estan ó no escluidos de ser herederos ex testamento y abintestato de su madre, si la resolucion hubiera de hacerse con arreglo á lo dispuesto en la ley 15, tít. 17, partida 7.ª, con la que hemos visto que á la adúltera solo se impone la pena de azotes y de reclusion en un monasterio, y por lo tanto no está sujeta á la pena de muerte natural, que es la que exige nuestra ley para privar á los hijos de la herencia de sus madres.

55 Gregorio Lopez en la glosa 5.ª de la ley 11, tít. 13, partida 6.ª se propone esta misma duda, que dice no vió tratada por autores españoles, y despues de referir varias razones en pró y en contra la deja sin resolver diciendo, que es un punto curioso y no examinado por los doctores españoles que habia visto: la dificultad de esta duda nace de la ley 1.ª del fuero real, tít. 7.º, lib. 4.º, por la que se ordena que la muger casada que comete adulterio sea puesta con el adúltero en poder del marido para que haga de ellos lo que quiera, con tal que no pueda matar al uno y dejar al otro, y la ley 1.ª, tít. 21 del ordenamiento de Alcalá viene á conceder al marido que coge á los adúlteros *in fraganti* la misma facultad de matarlos sin perdonar á ninguno de ellos, ó perdonar á entrambos.

56 Mas convincente es aun para el intento á mi parecer la ley 82 de Toro, en la que se distinguen dos casos: uno en que el marido mata á los adúlteros por su propia autoridad, y otro en que lo ejecuta por autoridad de la justicia, si en el primero procede como persona particular, en el segundo no puede dudarse que obra como persona pública, ejerciendo las veces de la justicia ó de la autoridad pública, y por lo tanto no puede graduarse su hecho de meramente pernicioso, asi como del verdugo ó ejecutor de justicias no se puede decir que quita la vida á los delincuentes por autoridad propia y meramente perniciosa, sino en nombre y autoridad de la justicia; por lo que cuando la ley de Toro afirma ó supone que el marido á los adúlteros que se ponen en su poder los puede matar por autoridad de la justicia, manifiesta con la mayor claridad que la pena de muerte natural que sufren los adúlteros por mano del marido se la impone directa é inmediatamente la ley, reservando ó concediendo al agraviado, en cuya ofensa se ha cometido el delito, la facultad de remitirles la pena ó hacerles gracia de la vida.

57 De lo dicho se convence que los hijos de la adúltera deben ser escluidos de la herencia de su madre, segun la disposicion de nuestra ley, por castigarse el delito de adulterio en la muger por nuestras leyes reales con pena de muerte natural, de cuya opinion es Antonio Gomez en el número 14 en el comentario de esta ley, sin alegar razon alguna; y Tello Fernandez en el número 10 y siguientes del mismo comentario, donde sólida é ingeniosamente examina la duda y la resuelve.

58 Aunque esta opinion es sólida y fundada, se forma contra ella un argumento que al parecer la destruye. Admitido que la muger por el adulterio incurra en pena de muerte natural por las leyes del reino, segun queda demostrado, se verifica una clara y evidente contradiccion no solo entre lo dispuesto por la ley 11 y la presente, sino que esta parece estar en contradiccion consigo misma, lo que se hace manifiesto con el siguiente raciocinio. El hijo concebido de adulterio, por el que se pretende incurre la madre en pena de muerte natural, es ciertamente habido de damnado y punible ayuntamiento, cuyo hijo por la presente ley está escluido de la herencia de su madre ex testamento y abintestato, y el mismo hijo si ha nacido en tiempo que sus padres podian contraer justamente matrimonio sin dispensacion, es declarado natural por la ley 11; y como los hijos naturales por la presente ley no solo no estan escluidos de la herencia testada é intestada de sus madres, sino que en caso de no tener estas hijos ó descendientes legíti-

mos, se les declara herederos forzosos y legítimos de las mismas, tanto ex testamento como abintestato, se sigue por una consecuencia clara y necesaria que un mismo hijo concebido de adulterio es natural en el caso de la ley 11, y heredero forzoso de su madre en defecto de hijos ó descendientes legítimos, segun la presente ley, y por la misma se halla escluido de poder ser heredero de su madre ex testamento y abintestato como engendrados de adulterio, que es damnado y punible ayuntamiento, por el cual la madre incurre en pena de muerte natural.

59 Mas clara y concisamente; el hijo engendrado de adulterio y nacido en tiempo que sus padres pueden contraer justamente matrimonio sin dispensacion, se declara natural por la ley 11, y en este concepto no solamente es admitido á la herencia de su madre ex testamento y abintestato, sino que en defecto de hijos y descendientes legítimos es heredero forzoso y necesario de su misma madre ex testamento y abintestato por la presente ley, y como esta escluye y priva absolutamente de la herencia de sus madres ex testamento y abintestato á los hijos concebidos de damnado y punible ayuntamiento, por el cual la madre incurre en pena de muerte natural, se deduce por una consecuencia necesaria que un mismo hijo concebido de adulterio puede ser natural por la ley 11, y en este concepto heredero legítimo y necesario de su madre por la presente ley, caso de no tener hijos ó descendientes legítimos, y al mismo tiempo como engendrados de damnado y punible ayuntamiento, esté escluido de poder heredar á su madre ex testamento y abintestato por esta ley, que es lo mismo que decir que un mismo hijo es heredero forzoso y legítimo de su madre, y está escluido de poderla heredar ex testamento y abintestato.

60 En satisfaccion de esta contradiccion al parecer fundada, debe decirse que aunque es cierta y constante la regla establecida por la presente ley que escluye á los hijos concebidos de damnado y punible ayuntamiento, por el que incurre la madre en pena de muerte natural, de poder ser herederos suyos ex testamento y abintestato, cuya regla á la verdad comprende á los hijos concebidos de adulterio; pero por la ley 11 se declara al hijo adulterino por natural, en caso que al tiempo de su nacimiento sus padres puedan contraer justamente matrimonio sin dispensacion, se manifiesta con la mayor claridad que la ley 11 en el caso de que habla contiene una escepcion de la regla establecida por la presente ley, escluyendo de su regla ó disposicion al hijo concebido de damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, si al tiempo de su nacimiento podian sus padres contraer justamente matrimonio sin dispensacion, y de consiguiente no hay contradiccion alguna en que en el caso de la ley 11 el hijo concebido de adulterio pueda ser heredero forzoso de su madre, y esté escluido de la herencia de la misma en el caso de la presente ley.

61 Antes de concluir este punto debo hacer presente que para que la muger incurra en pena de adulterio ha de ser casada, como se infiere de la definicion que hace del adulterio la ley 6.ª, ff. ad *legem Juliam de adulteriis*, diciendo que es *alteri thori violatio*, y en la 34 del mismo título se dice que el adulterio propiamente se conoce en la muger casada. Las leyes reales que se han citado del fuero real y ordenamiento de Alcalá, y la 81 de Toro exige en la muger la misma cualidad de casada para estar sujeta á la pena de adulterio, y las 5 leyes primeras del título 17, partida 7.ª suponen igualmente que la muger ha de ser casada para que haya adulterio, de que infiere por razon el señor Covarrubias en la parte segunda del matrimonio, cap. 8.º, SS. 5.º, número 25, que por derecho real el hijo engendrado de casado y soltera puede suceder á su madre ex testamento y abintestato, aunque en realidad sea espurio.

62 Tambien deben tenerse por de damnado y punible ayuntamiento en el sentido de nuestra ley los hijos engendrados de judío y cristiana casada, y los de moro con igual muger por imponerse á la madre pena de muerte natural por la ley 9.ª, título 24, partida 7.ª, y por la última, tít. 15 de la misma partida.

63 En igual caso estan los hijos engendrados por algun sirviente de la casa en barragana del señor, en doncella que tenga en su casa, en covigera de la señora, en parienta del señor que viva con él, ó en el ama que diere leche á su hijo ó hija; en todos los cuales casos incurre la muger en pena de muerte, segun la ley 2.ª, tít. 21 del ordenamiento de Alcalá, cuya

ley se halla insertada en la 6.ª, tít. 20, libro 8.º de la Recopilacion.

64 Voy á hacer una observacion muy oportuna para la inteligencia de esta ley, que no han hecho los comentadores que he tenido presentes, y comprende todos los casos que se han referido en que la muger incurre en pena de muerte natural.

65 Se establece por punto general en la ley 11 de Toro, que el hijo concebido de padres que al tiempo de la concepcion ó del parto podian casarse justamente sin dispensacion se diga y tenga por natural; de cuya disposicion se infiere por legítima consecuencia que el hijo engendrado de adulterio, si los padres al tiempo del nacimiento se hallaban en disposicion de poderse casar justamente sin dispensacion, en el sentido que manifestaremos, debe entenderse por dicha ley que el tal hijo será natural; y no solo no estará escluido de la herencia de su madre, sino tampoco de la de su padre, y aun será preferido á cualquiera otro hermano espurio que tenga de la misma madre.

66 En los hijos concebidos de los padres de que habla la ley 2.ª, tít. 21 del ordenamiento de Alcalá, aun es mas obvia la ilacion, porque los padres, no solo podrán estar hábiles para contraer matrimonio justamente sin dispensacion al tiempo del parto, sino que podrán haberlo estado al tiempo de la concepcion.

67 Por lo que hace á los engendrados de judío ó moro y madre cristiana, si al tiempo del parto el judío se ha convertido á la fé, y el moro se ha hecho cristiano, y la muger por haber enviudado se halla en disposicion de casarse justamente sin dispensacion con el padre, el hijo será natural y no estará escluido de la herencia de su madre, sino que será heredero legítimo de ella, y tambien podrá suceder al padre, segun la presente ley y la 10 de Toro.

68 Para mayor claridad de las dos partes de la ley de que acabamos de hablar se ha de suponer que por derecho civil se privaba de la sucesion de sus padres a los hijos concebidos de cópula prohibida, segun el capítulo último de la novela 89, y se entendia que lo era aquella que se castigaba con pena esterior. El derecho real de las partidas siguió en este punto lo dispuesto por el derecho civil, como se vé en la ley 4.ª, tít. 3.º, partida 6.ª, donde se declara que *damnato coitu* quiere tanto decir como vedado ayuntamiento, y lo mismo se repite en la ley 11, tít. 13 de dicha partida. Nuestra ley limitó y redujo la disposicion del derecho civil y real que comprendia á todos los hijos engendrados de cópula prohibida de parte de padre y de madre respectivamente á solos aquellos que habian nacido de tal madre que por la cópula habia incurrido en pena de muerte natural.

69 Síguese la última parte de la ley que contiene una estension ó ampliacion de la restriccion ó limitacion que se contenia en la parte anterior. Hemos visto que la esclusion que tenian los hijos engendrados de damnado y punible ayuntamiento de poder ser herederos de sus madres la habia reducido la ley á los hijos de las madres que incurrian en pena de muerte natural por la cópula ó ayuntamiento, y ahora amplía y estiende esta prohibicion á los hijos de aquellas madres que han concebido de clérigos ó frailes, ó freiles, ó de monjas profesas, pues aunque por tal ayuntamiento no incurran las madres en pena de muerte, quiere nuestra ley que se guarde lo dispuesto por el Rey don Juan el I en la que se hizo en la ciudad de Soria, por la que se priva de la sucesion á los hijos de los clérigos, cuya ley se contiene en la 22, tít. 3.º, lib. 1.º del ordenamiento, y la 6.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

70 Para venir en un claro conocimiento de lo que dispuso la presente ley en esta última parte de su resolucion conviene recordar y tener á la vista todo su anterior contexto. Establece en primer lugar por punto general que los hijos ilegítimos, de cualquier calidad que sean, esten escluidos de la herencia de sus madres teniendo estas hijos ó descendientes legítimos, y caso de no tenerlos llama generalmente á los hijos naturales ó espurios por su órden y grado á la herencia de sus madres ex testamento y abintestato. Esceptúa de esta regla á los hijos que provengan de damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, escluyéndolos de poder ser admitidos á su herencia; y para que no pudiese dudarse de los hijos que eran de damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, declara que damnado y punible ayuntamiento es aquel por el cual incurre la madre en pena de muerte natural, y á continuacion de esta declaracion sigue la parte de la disposicion de que vamos hablan-

do, y dice: salvo si fuesen los hijos de clérigos ó frailes, ó freiles, ó de monjas profesas, que en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor Rey don Juan el I en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos.

71 Supuesto este contexto de la ley, y las palabras que acaban de referirse de la última parte de su disposicion, es forzoso reconocer y convenir en que la ley supuso que por la del Rey don Juan en Soria se privaba á los hijos de los clérigos de la sucesion de sus madres, ó quiso que lo dispuesto en dicha ley acerca de la sucesion de los hijos de los clérigos se entendiese tambien dispuesto acerca de la de sus madres, porque á no ser este el sentido de la ley su disposicion seria vana é ilusoria.

72 En seguida de la declaracion que habia hecho, indicando y espresando cuál era damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, prosigue en estos términos: salvo si fuesen los hijos de los clérigos &c.; con lo que manifiesta con la mayor claridad que iba á proponer una escepcion de la declaracion que acababa de hacer del ayuntamiento que era damnado y punible, pues la espresion de *salvo si*, de que se vale, equivale en nuestra lengua á fuera de, escepto &c., de cuyas espresiones se usa en contraposicion de lo que antes se ha dicho; y asi Garcés en su apreciable tratado de las partículas de la lengua castellana, dice que la partícula salvo es adverbio de escepcion, y por lo mismo que era escepcion habia de pertenecer al mismo asunto que la regla, por ser principio inconcuso de lógica que la escepcion siempre pertenece á la regla de que se separa, y de aqui nace lo que comunmente se dice que la escepcion confirma la regla en contrario.

73 Habiendo establecido la regla de que era damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, por el que incurria en pena de muerte natural, es forzoso confesar que la escepcion que puso á esta regla habia de ser concerniente á la misma, ó bien limitando su disposicion, ó ampliándola; por tanto no podia tenerse ni reputarse por escepcion de dicha regla el que mandase la ley que se observase lo contenido en la de Soria, que hablaba sobre la sucesion de los hijos de los clérigos, porque ni en ella se hacia la menor esplicacion de cuál era damnado y punible ayuntamiento de parte de madre, ni se trataba de la sucesion de los hijos respecto á las madres; asi pues, pretender que la escepcion, que puso nuestra ley á la declaracion que acababa de hacer, fue de que se observase lo dispuesto por la de Soria era atribuirle igual absurdo que el que cometeria quien tratando de las solemnidades precisas de los testamentos pusiese por escepcion lo que se observa en los contratos, ó quien indicando la propiedad esencial de todo hombre de ser racional esceptúase al caballo.

74 No pudiendo ya ponerse en duda que nuestra ley en la última parte de su disposicion quiso poner y puso una escepcion á la regla que antes habia establecido, resta ver ahora cómo lo verificó en el mandato que hizo de que en los hijos de los clérigos, frailes, freiles ó monjas profesas se guardase lo contenido en la ley del señor don Juan el I.

75 En esta ley se privaba á los hijos de los clérigos de la sucesion de los bienes de sus padres y parientes; con que mandando que se observe lo dispuesto en ella, como trataba la nuestra de la sucesion de los hijos respecto de sus madres, fue lo mismo que decir que lo que en dicha ley de Soria se disponia acerca de la sucesion de los hijos de los clérigos respecto de sus padres, se entendiese tambien dispuesto de los mismos hijos acerca de la sucesion de sus madres; y para que no quedase duda de que esta disposicion contenia una escepcion de lo que antes habia dicho, añade que aunque la madre de los hijos de que habia hecho mencion no incurria en pena de muerte natural, se observase lo dispuesto en la ley de Soria, manifestando y declarando por estas palabras en lo que consistia la escepcion, que era en que las madres de estos hijos no incurrian en pena de muerte natural; y como antes habia dispuesto que solo aquellos hijos fuesen escluidos de la herencia de sus madres cuando ellas por la cópula ó ayuntamiento incurrian en pena de muerte natural, fue consiguiente que la ley, para privar á los hijos de que iba hablando de la herencia de sus madres, se hiciese cargo y espresase que aunque estas no incurrian en pena de muerte natural fuesen comprendidos sus hi-

jos en la prohibicion de aspirar á su herencia, lo que manifestó usando la partícula *aunque*, la que en el caso presente es adversativa y opuesta á lo que antes se ha dicho, y equivale á no obstante ó sin embargo, que son espresiones propias que denotan escepcion.

76 Ademas de que si el fin de nuestra ley hubiera sido meramente confirmar y renovar la disposicion de la de Soria, y no estenderla á la sucesion de las madres, habria sido muy bien notado y advertido que las madres de los hijos de los clérigos, frailes &c. no incurrian en pena de muerte por tales ayuntamientos, no contribuyendo nada esta circunstancia ó particularidad para la confirmacion de la ley de Soria, y de consiguiente se habria omitido, como en realidad se omitió cuando se formó dicha ley, no haciendo la mas mínima mencion de si las madres de los hijos de los clérigos incurrian ó no en pena de muerte, ó en alguna otra por la cópula ó ayuntamiento para privar á los hijos de los clérigos de la sucesion de sus padres.

77 Me he detenido mas de lo que parecia regular en esponer con claridad esta última parte de la disposicion de nuestra ley, que al parecer no exigia tan prolija discusion para comprender su natural y verdadera inteligencia; pero me ha sido forzoso alegar los fundamentos de mi esposicion porque he tenido presente que Gregorio Lopez en la glosa 5.ª de la ley 3.ª, tít. 21, partida 4.ª, no solo dice que por la ley de Soria no se repelian los hijos de los clérigos de la sucesion de sus madres, sino que afirma que nuestra ley de Toro no dispuso otra cosa acerca de la sucesion de las madres de los hijos de los clérigos, sino lo que estaba ya dispuesto por la espresada ley de Soria.

78 Dispone dicha ley de partida que el hijo de clérigo ordenado *in sacris* engendrado de matrimonio contraido con muger libre sea siervo de la Iglesia en que su padre es beneficiado, y se le priva de poder heredar sus bienes; pero no los de su madre. Comentando esta disposicion Gregorio Lopez, dice que no se halla corregida en cuanto á escluir al hijo de la herencia de su madre, ni por la ley de Soria ni por la de Toro, por la que afirma no se ha dispuesto otra cosa que lo que estaba ya prevenido por la de Soria; de que infiere que ni por derecho civil ni por el real de partidas, ni por el ordenamiento el hijo del clérigo ordenado *in sacris* está escluido de la sucesion de los bienes de su madre, y á continuacion propone dos escepciones ó limitaciones de su opinion. La primera es en el caso que la madre fuera casada ó consanguínea del clérigo, y la segunda cuando el hijo habia sido engendrado de concubina pública del mismo, dando por razon que dichos ayuntamientos se hallan prohibidos por la ley 24, tít. 3.º, lib. 1.º del ordenamiento, y con respecto á estos dos casos pretende que se deben entender las palabras de la ley de Toro, á saber; aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, pues dice que aunque la madre no sea castigada con pena de muerte basta que lo sea por otra pena, como sucedia cuando era concubina del clérigo, segun las leyes de Soria y de Bribiesca, del ordenamiento.

79 Esta esposicion de Gregorio Lopez contiene varios errores y equivocaciones. No puede entenderse que habla la ley de Toro de la muger casada, madre del hijo del clérigo, en aquellas palabras "aunque la madre por el tal ayuntamiento no incurra en pena de muerte," porque ya se ha demostrado arriba por las leyes del fuero real del ordenamiento de Alcalá y las de Toro, que la muger casada por el adulterio incurre en pena de muerte natural; con que mal podrian entenderse aquellas palabras de la ley; aunque la madre no incurrá en pena de muerte, de la muger casada.

80 Otro tanto, aunque por diversa razon, debe decirse del caso que el hijo sea engendrado de concubina pública del clérigo, pues no estando escluido de la herencia de su madre por las leyes de partida ni del ordenamiento que cita, tampoco puede estarlo por la de Toro que (segun el mismo Gregorio Lopez afirma) únicamente confirmó lo dispuesto por la de Soria; con que no hallándose ninguna ley anterior á la de Toro, que escluia á los hijos de los clérigos de la sucesion de sus madres, ni habiendo hecho la de Toro otra cosa que confirmar la de Soria, es una manifiesta implicancia pretender, como quiere Gregorio Lopez, que las palabras de la ley de Toro se entiendan de la barragana pública del clérigo.

81 No paran en esto las contradicciones en que incurre Gregorio Lopez, pues en la glosa 5.ª al fin de la ley 11, núme-

ro 13, tratando de si los hijos de los clérigos estaban escluidos de la sucesion de los parientes de madre, afirma que no lo estan, y da por razon que la ley de Toro, que es la presente, únicamente amplió la disposicion de la de Soria respecto de la sucesion de las madres, de la cual priva al hijo del clérigo, pero no lo escluye de la sucesion de los demas parientes y consanguíneos de parte de madre, y aun alega en comprobacion que como la ley de Toro es correctoria debe entenderse y limitarse al caso de que habla, de que se vé que en primer lugar confiesa que la ley de Toro amplía la disposicion de la de Soria, estendiéndola á la sucesion de las madres, que es lo contrario de lo que habia dicho en la glosa 5.ª de la ley 3.ª, tít. 21, partida 4.ª, y en segundo lugar afirma y reconoce que dicha ley de Toro es tambien correctoria, lo no que puede entenderse en otro sentido, sino porque corregia la referida ley 3.ª, título 21, partida 4.ª, que permitia al hijo del clérigo heredar los bienes de su madre.

82 Como la impugnacion mas eficaz que se puede hacer de una opinion es manifestar y poner en claro la contradiccion del mismo que la defiende, omito detenerme mas en este punto.

83 Por la última parte de la disposicion de la ley de Toro se manda que en los hijos de clérigos, frailes, freiles ó monjas profesas se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor don Juan el I. en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos, y de consiguiente lo dispuesto en esta ley debe observarse, como ya se ha probado arriba, en la sucesion de los espresados hijos respecto de sus madres; corresponde manifestar lo que se ordena en la espresada ley de Soria, para deducir por una consecuencia legítima lo que ha querido establecer la presente ley de Toro en la última parte de su disposicion.

84 La ley de Soria, que como se ha dicho es la 22, tít. 3.º, lib. 1.º del ordenamiento real, y la 6.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion, ordena y manda que los hijos de los clérigos no hayan ni hereden de los bienes de sus padres ni de otros parientes de parte de padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda ó donacion que les sea hecha por los susodichos, ahora y de aqui en adelante, y se revocan cualesquiera privilegios ó cartas que tengan ganadas contra lo que queda ordenado.

85 Contraida la disposicion de la espresada ley á la sucesion ó parte que puedan tener los hijos de los clérigos respecto de los bienes de sus madres, se originan varias dudas que sucesivamente iré resolviendo. Supuesto que los hijos de los clérigos quedan escluidos de la sucesion testada é intestada de sus madres por la estension que ha dado la ley de Toro á la disposicion de la de Soria, se duda en primer lugar si los hijos de los clérigos estarán tambien escluidos de percibir alguna parte de los bienes de sus madres, ya que no sea por título de herencia á lo menos por via de legado, contrato ó donacion entre vivos; y debe decirse que asi como estan escluidos de ser herederos de sus madres, tambien deben estar de percibir parte alguna de sus bienes por título particular de legado, donacion ó contrato. El fundamento de la resolucion de esta duda está espreso y terminantemente en la ley de Soria, que escluye literalmente á los hijos de los clérigos de tener parte en los bienes de sus padres, aun por via de legado, donacion ó contrato; con que habiéndose estendido la disposicion de esta ley á los bienes de las madres, es claro que los hijos de los clérigos estan escluidos de recibir cosa alguna de los bienes de sus madres por los indicados títulos.

86 Avendaño en la glosa 10 á la ley 9.ª de Toro, número 16, resolviendo la duda de si los hijos de los clérigos estan escluidos en virtud de dicha ley de poder ser herederos ex testamento ó abintestato de los parientes de parte de madre, resuelve que no, y se funda en que la ley de Toro solo estendió la disposicion de la de Soria á la sucesion de las madres, y no de los parientes de las mismas, cuya razon si fuera cierta obraba con mas razon contra la resolucion de la duda que he propuesto arriba.

87 Para convencerse de la falsedad de la interpretacion que da Avendaño á la ley de Toro, basta leer sus palabras, que dicen asi: "mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor Rey don Juan el I en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos;" por ellas se vé que la ley de Toro manda espresa y literalmente guardar lo contenido en la ley de Soria general é indefinidamente, con que conteniéndose en ella la prohibicion de que los hijos de los clérigos puedan percibir parte alguna de los bienes de sus padres por via de legado, donacion

ó contrato, es forzoso confesar que la misma prohibicion obra respecto de los bienes de sus madres, porque de otro modo no podia verificarse que se guardara lo contedo en la ley de Soria.

88 No se opone á esto el que diga la ley de Toro que la de Soria habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos, porque esto no lo dice para limitar su disposicion á la sucesion de los hijos, sino para indicar y poner en claro la ley á que se referia, lo que ejecutó del modo mas espresivo y terminante, cual fue indicar el autor de la ley, que era el Rey don Juan el I, en el lugar donde se hizo, que fue la ciudad de Soria, y la parte principal de que trataba la ley que era de la sucesion de los hijos de los clérigos, á fin de que no se pudiese confundir y equivocar con otra ley del mismo Soberano hecha en la espresada ciudad; pero en ninguna manera fue para limitar la disposicion de la ley de Soria á solo la sucesion testada ó intestada, pues cuando hubiera sido este el fin de la ley de Toro le habria sido muy fácil manifestarlo mandando que se guardase lo contenido en la ley de Soria en cuanto á la sucesion de los hijos de los clérigos, por cuya espresion no quedaba duda de que la observancia de dicha ley se limitaba á la sucesion testada ó intestada.

89 Acerca de la resolucion de esta duda, que no la he visto promovida por nuestros comentadores, se debe hacer una observacion muy importante en la materia, y se reduce á que los hijos de los clérigos, frailes, freiles y monjas profesas son de peor condicion que los nacidos de damnado y punible ayuntamiento, por el cual incurra la madre en pena de muerte natural, pues á estos no se les priva de percibir de sus madres hasta la quinta parte de sus bienes, y á los otros se les escluye de recibir de sus madres parte alguna de sus bienes.

90 Ocurre otra duda que tiene analogía con la precedente, y consiste en si los hijos de clérigos &c. estarán tambien escluidos de la sucesion de los parientes de parte de madre. Esta duda la suscita Gregorio Lopez en la ley 11, tít. 13, partida 6.ª, glosa 5.ª al fin, y resuelve que dichos hijos no quedan escluidos por nuestra ley de la sucesion de los parientes de parte de madre, y se funda en que la ley de Toro es correctoria, y no debe estenderse á mas de lo que en ella se dice, y como amplía únicamente la disposicion de la ley de Soria respecto á la sucesion de las madres, de la que quiere sean escluidos los hijos de los clérigos, no debe estenderse esta esclusion á la sucesion de los demas consanguíneos de parte de madre, por lo que debe limitarse tan solamente al caso de que habla.

91 Acebedo en la ley 1.ª, tít. 8.º, libro 5.º, de la Recopilacion, número 33, sigue la opinion de Gregorio Lopez, y Avendaño en la glosa 10, número 16 de esta ley de Toro es del mismo dictámen.

92 Causa no pequeña admiracion que un jurisconsulto del juicio é instruccion legal como Gregorio Lopez apoye la resolucion de la duda que se habia propuesto en un principio que la destruye clara y terminantemente. Si porque la ley de Toro es correctoria no debe estenderse á mas del caso de que habla, por la misma razon es forzoso decir que corrige aquel caso de que hace tambien espresa mencion; y habiéndose ya probado y demostrado en la duda anterior que la ley de Toro mandó general é indefinidamente que se observase en los hijos de los clérigos &c. lo dispuesto en la ley de Soria á que se refiere, y hallándose en esta espresa y literal la prohibicion de que los hijos de los clérigos puedan suceder á los parientes de parte de padre, se sigue por una consecuencia necesaria, que espresa y literalmente mandó la ley de Toro que los hijos de los clérigos quedasen escluidos de la sucesion de los parientes de parte de madre. Repitámoslo otra vez, lo dispuesto por la ley de Soria acerca de la esclusion absoluta de los hijos de los clérigos de los bienes de sus padres y de sus parientes, quiso la ley de Toro que se entendiese dispuesto respecto de los mismos hijos acerca de los bienes de sus madres y de los parientes de línea materna.

93 Mas notable y dificil de resolver es otra duda, que resulta de las palabras de nuestra ley por las que se prohibe á los hijos de monjas profesas poder suceder en los bienes de sus madres. Esta duda, de que no han hecho mencion los comentadores que yo he tenido presentes, por cualquier parte que se la considere, presenta dificultades al parecer insuperables. El hijo de monja profesa que escluye la ley de la sucesion de su madre, ó ha sido engendrado antes de la profesion, y nacido despues de ella, ó concebido y nacido posteriormente á di-

cha profesion. Si se pretende que la disposicion de la ley de Toro debe entenderse del primer caso, se incurre en el grave inconveniente de que si los padres de estos hijos al tiempo de la concepcion estaban hábiles para contraer matrimonio justamente sin dispensacion, los referidos hijos debian ser y tenerse por naturales, segun la disposicion de la ley *11*, y por lo tanto capaces de heredar á su padre ex testamento en defecto de hijos ó descendientes legítimos, con arreglo á lo dispuesto en la ley 10; y de consiguiente con mas razon podian, no solo ser herederos de su madre ex testamento, sino que eran herederos legítimos ex testamento y abintestato de sus madres, segun se previene en esta ley 9.ª, en que espresamente se manda que en defecto de hijos ó descendientes legítimos los hijos naturales sean herederos legítimos ex testamento y abintestato de sus madres.

94 Si se intenta decir que nuestra ley habla del segundo caso cuando el hijo fue concebido despues de la profesion de su madre, aun se presenta mayor dificultad. Es constante y fuera de toda duda que la profesion religiosa en religion aprobada por la Silla Apostólica va acompañada, ademas de otros votos solemnes, del de pobreza, segun el cap 5.º *de regularibus*, y en virtud de este voto la persona qne lo hace abdica de sí el dominio de todos los bienes temporales que le pertenecen, y se inhabilita para poder adquirirlos y poseerlos en lo sucesivo, en cuya suposicion parece era escusado é inútil que nuestra ley se detuviese á disponer que el hijo de monja profesa quedase escluido y privado de heredar los bienes de su madre; pero sin embargo de estas razones, que á primera vista parecen concluyentes, se debe decir que la disposicion de la ley de Toro en el caso de que hablamos no fue ociosa é inútil, sino arreglada á derecho.

95 Es un principio legal establecido por el derecho romano en la ley 3.ª, ff. de *injusto rupto testamento*, y en el SS. *institutionum de exheredatione liberor.*, que por el nacimiento de un hijo póstumo, que es el nacido despues de la muerte de su padre, se rompe y anula el testamento en que habia sido preferido ú olvidado dicho póstumo, estuviese ó no concebido antes del otorgamiento del testamento.

96 Nuestro derecho real de las partidas en la ley 20, tít. 1.º de la partida 6.ª sigue á la letra la disposicion del derecho romano, y aun quiere que pueda llamarse póstumo el hijo nacido despues del último testamento de su padre.

97 Contrayendo nuestra ley este principio del derecho romano y real al caso de que una monja profesa concibiese y diese á luz un hijo, y teniendo presente que dicho hijo por lo dispuesto en la misma ley era heredero suyo legítimo y necesario, en defecto de hijos legítimos ó naturales, y deberia romper el testamento de su madre otorgado antes de la profesion en que habia sido preferido, tuvo por conveniente escluirlo de la herencia de su madre, que fue lo mismo que privarle del derecho que tenia como heredero legítimo á romper el testamento que su madre otorgó antes de la profesion.

98 Que el hijo de que hablamos sea heredero legítimo y forzoso de su madre se convence por esta misma ley de Toro, que establece por punto general que los hijos naturales ó espurios, por su órden en defecto de legítimos, sean herederos necesarios y legítimos de sus madres ex testamento y abintestato; con que siendo el hijo de la disputa espurio, por haber nacido de padres que les estaba prohibido contraer matrimonio, segun se declara en la ley 23, ff. *de statu hominum*, se sigue por una consecuencia necesaria que el espresado hijo en concepto de heredero legítimo de su madre tenia derecho á romper el testamento de esta en que habia sido preferido, aunque se hubiese confirmado por la profesion, asi como el póstumo procreado de legítimo matrimonio rompe el testamento de sus padres en que es preferido, sin embargo de que por la muerte del testador se convalida y confirma el testamento, y aun con mayor razon debe observarse en nuestro caso lo que se observa en el del verdadero póstumo, y es porque si la muerte natural del testador, por la que se confirma el testamento, no impide que este se revoque por el nacimiento del póstumo, menos lo deberá impedir la profesion religiosa, que aunque tambien confirme el testamento, no es una muerte natural, sino civil para ciertos efectos compatibles con la vida.

99 Aunque se confirma y adquiere mas fuerza este raciocinio con la paridad que se saca del primer caso en que la madre habia concebido antes de la profesion y pa-

rido despues, si en tal caso no se duda, como se ha dicho arriba, que el hijo sea natural, y en este concepto como heredero legítimo romperia el testamento de su madre en que habia sido preferido aunque otorgado antes de la profesion, ¿por qué no ha de tener igual derecho el hijo espurio concebido despues de la profesion, que tambien es heredero legítimo de su madre en defecto de hijo natural, como se declara en la presente ley, para romper el testamento de la misma otorgado antes de la profesion? Mas claro, si el natural y espurio son herederos legítimos de su madre respectivamente en los casos indicados, ¿qué razon hay para que se niegue al espurio lo que se concede al natural en concepto de heredero legítimo?

100 La única diferencia que media entre estos casos se reduce á que en el primero, cuando la madre otorgó su testamento ya estaba el hijo concebido, y en el segundo aun no habia sido engendrado; pero esta diferencia nada influye para romper ó no el testamento en que el hijo ha sido preferido, pues asi como en el hijo legítimo nada influye la diferencia de haber sido engendrado antes ó despues de haberse otorgado el testamento de su padre para dejar ó no de romperlo si ha sido preferido, del mismo modo y por igual razon debe decirse otro tanto del hijo espurio concebido despues de la profesion de la madre, pues el derecho de romper el testamento no se le concede al hijo en consideracion al tiempo en que se otorga el testamento, sino con respecto á su cualidad de heredero legítimo; y por serlo el espurio de su madre, asi por la presente ley, como por la 29, SS. 1.º, ff. *de inofficioso testamento*, se le concede por esta poderse querellar del testamento de su madre.

101 Observa juiciosamente Palacios Ruvios al número 37 de su Comentario, que esta ley no solo estendió la disposicion de la de Soria á los hijos de las madres que habian concebido de clérigos, sino tambien á las de frailes y freires, y á los de monjas profesas; por lo que corresponde manifestar qué entendió la ley por la palabra freiles, y por qué esta se suprimió cuando se trasladó é insertó nuestra ley en la nueva Recopilacion de leyes que se formó de órden del señor Rey don Felipe II en el año de 1576, como es de ver en dicha ley recopilada, y lo notó Acevedo al número 52 de su Comentario á la ley 7.ª, tít. 8.º, libro 5.º de la Recopilacion, y otros autores.

102 Por freiles entendió nuestra ley los caballeros profesos de las órdenes militares de Calatrava y Alcántara, pues aunque tambien habia la de Santiago y Montesa, á los caballeros de la primera se les permitia por la bula de Alejandro III de 1165 poder contraer matrimonio, y la segunda no pertenecia á la corona de Castilla, sino al reino de Aragon, que se gobernaba por distintas leyes.

103 He dicho que por la palabra freiles entendió la ley los caballeros profesos de las espresadas órdenes, pues aunque los clérigos ó presbíteros de las mismas órdenes se llaman tambien freiles, como estos eran clérigos estaban comprendidos en lo que se disponia acerca de los hijos de los clérigos.

104 Supuesta la verdadera inteligencia en que usó nuestra ley de la palabra freiles, resta ver ahora la causa que tuvo nuestra ley para comprender en su disposicion á los hijos de los freiles, y el motivo que hubo para que se omitiese esta espresion en la ley recopilada.

105 Como los caballeros profesos de las dos indicadas órdenes hacian voto absoluto y perpetuo de castidad quedaban inhabiles para poder contraer matrimonio, como los demas religiosos ó frailes, por lo que justamente creyó nuestra ley que los hijos de estos no debian ser de mejor condicion para aspirar á la herencia de sus madres que los hijos de los clérigos y frailes.

106 Posteriormente la Santidad de Paulo III en su bula de 1540, á imitacion de lo concedido á los caballeros profesos del órden militar de Santiago, permitió, á instancia del Emperador Cárlos V, primer Rey de España, á los caballeros de las dos espresadas órdenes, que el voto que antes hacian de castidad absoluta se limitase al de la observancia de ella fuera de matrimonio; y como por esta concesion cesó el voto solemne absoluto de castidad, que era impedimento dirimente del matrimonio, por lo que al tiempo de insertar nuestra ley en la recopilacion se tuvo por necesario omitir y suprimir la palabra freiles, á causa de que estando ya estos habilitados para contraer matrimonio, sus hijos no debian seguir la suerte de aquellos cuyos padres estaban inhibidos de contraerlo.

107 Aunque esta es la verdadera causa de haberse suprimido la palabra freiles en la ley recopilada, suscitan los autores la duda de si los hijos de estos caballeros habidos de muger soltera fuera de matrimonio serán naturales, segun lo dispuesto en la ley XI de Toro, ó permanecerán espurios como lo eran antes de la dispensacion del voto, cuya duda en realidad no pertenece directamente á la presente ley, que únicamente trata de la sucesion de los hijos respecto á sus madres, y como por ella se establece por regla general que los hijos naturales ó espurios por su órden sean herederos legítimos de sus madres, estando ya escluidos los hijos de los freiles de la escepcion que los eximia de esta regla, quedaron comprendidos en ella, y por lo tanto debe decirse que los hijos de los freires habidos de muger soltera fuera de matrimonio son herederos legítimos de su madre, sean ó no naturales ó espurios respecto de su padre, lo que se examinará en la espresada ley 11.

Ley X de Toro; es la 8.ª, *tít.* 8.º, *lib.* 5.º *de la Recopilacion.*

Mandamos que en caso que el padre ó la madre sean obligados á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte; que por virtud de la tal obligacion no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la que podia disponer por su ánima. Y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo. De la cual parte, despues que la obiere el tal hijo, pueda en su vida ó en su muerte hacer lo que quisiere ó por bien tuviere. Pero si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.

COMENTARIO

á la ley 10 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que cuando el padre ó la madre esten obligados á dar alimentos á algunos de sus hijos ilegítimos, no le puedan mandar en vida ó en muerte mas de la quinta parte de sus bienes, de la cual podrá el hijo disponer como y cuando le pareciere; pero si el hijo fuese natural, y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos, le podrá mandar de sus bienes todo cuanto quisiere.

2 Como supone la presente ley que los padres en ciertos casos estan obligados á dar alimentos á sus hijos, corresponde examinar antes qué especie de obligacion es esta, y de dónde dimana.

3 Grocio, tratando de este punto en el libro 2.º, capítulo 7.º, § 4.º del derecho de la paz y de la guerra, dice que unos autores imponen á los padres esta obligacion, y otros los eximen de ella, y queriendo conciliarlos distinguen dos obligaciones, una perfecta y de rigorosa justicia, y otra imperfecta de honestidad y decencia, y afirma que los que eximen á los padres de la obligacion de alimentar á sus hijos hablan de la primera, y los que se la imponen de la segunda, á cuya opinion se adhiere.

4 Heineccio en las Prelecciones académicas al Grocio en el lugar citado se aparta de su dictámen, y prueba que los padres tienen una obligacion de rigorosa justicia de alimentar á sus hijos. Del mismo sentir es Juan Bautista Almici en su Puffendorf, lib. 4.º, capítulo 11, §. 4.º, y antes que estos autores habia adoptado esta opinion el señor Covarrubias en la parte 2.ª *de Matrimonio*, capítulo 8.º, §. 6.º, número 1.º, y el señor Molina en el lib. 2.º, capítulo 1.º *de Primogenitis*, número 14 y siguientes.

5 El fundamento de esta opinion lo deducen los referidos autores de la incapacidad é impotencia con que nacen los hijos destituidos de procurarse por sí ningun socorro para la conservacion de la vida, de que infieren quiso Dios imponer á otro la obligacion de alimentarlos; y como por otra parte infundió á los padres un amor tan vehemente y tierno para con sus hijos, sacan por consecuencia que la voluntad de Dios fue imponer á los padres esta obligacion; y como la voluntad de Dios es para nosotros una ley natural y de rigorosa justicia, deducen que esta obligacion es absoluta y perfecta, como dimanada de la ley natural.

6 Tambien fundan esta obligacion en el mismo acto de la generacion, porque no deben engendrarse hijos para dejarlos perecer, y así cuando los padres tienen comercio entre sí para la propagacion de

la especie, se entiende que tácitamente se obligan á conservar por cuantos medios les fuere posible la vida de aquel que han engendrado.

7 Domat en su obra de las leyes civiles, tratado preliminar, cap. 3.º, número 3.º tratando del amor que la naturaleza ha infundido en los padres para con los hijos, dice que no con otro fin dispuso Dios que el hombre recibiese la vida de sus padres, naciendo incapaz de conservarla, y que estuviese largo tiempo en un estado de debilidad y de indigencia de todo socorro para subsistir y ser criado, sino para formar el amor mútuo que une tan estrechamente al que engendra con el engendrado, y al que da la vida con el que la recibe, por lo que deduce que el amor de los padres tiene carácter y graduacion proporcionada al estado de los hijos en su nacimiento, y á todas las necesidades que se originan de la vida, que ellos le han comunicado para obligarlos por este amor á los deberes de la conservacion, educacion, instruccion y demas &c.

8 Aunque la opinion de estos autores es á todas luces clara y cierta, y de que no hay fundamento alguno para separarse, se echa de menos que no se hayan detenido á reflexionar sobre el tiempo preciso de la lactancia, en el que no cabe la menor duda de que por lo menos la madre está en la precisa y rigorosa obligacion de justicia de lactar á su hijo ó buscar quien lo egecute por ella, no queriendo, ó no pudiendo hacerlo por sí, pues de lo contrario si lo dejase perecer de necesidad se le impondria la pena de homicida, segun el jurisconsulto Paulo en la ley 4.ª ff. *de agnoscendis liberis*, en donde afirma que el padre que niega á los hijos los alimentos es tan homicida como el que sofoca, ahoga ó impide el parto, y en la ley 2.ª C. *de infantibus expositis*, despues de mandar que cada uno alimente á sus hijos, prohibe á los padres que los espongan bajo la pena de la ley, que es la de homicida, segun la citada ley 4.ª De esta responsabilidad que contraen los padres negando los alimentos á los hijos, en caso que de ello se les origine la muerte, deduce Heineccio en el lugar espresado que la obligacion de los padres de alimentar á sus hijos es de rigorosa y perfecta justicia.

9 Contra esta opinion resulta una dificultad de no pequeña consideracion, y estriba en que el Emperador Justiniano en el cap. 15 de la novela 89 espresamente prohibe á los padres dar alimentos á los hijos que hayan sido procreados de cópula prohibida por las leyes, de cuya novela se formó la Auténtica *ex compresu.*, C. *de incestuosis nuptiis*, de que se infiere que la obligacion que se atribuye á los padres de alimentar á los hijos no es de rigorosa y perfecta justicia dimanada del derecho natural, porque á tener este orígen no podria la ley civil positiva eximir de ella á sus padres, siendo constante que el derecho civil no puede revocar ó apartarse del todo del derecho natural, segun el jurisconsulto Ulpiano en la ley 6.ª ff. *de justitia et jure.*

10 No aprovecha decir que la prohibicion de Justiniano para que los padres no alimenten á sus hijos es respecto de aquellos que han sido engendrados de cópula prohibida por la ley; pero no se estiende á los nacidos de legítimo matrimonio, porque si la obligacion de alimentar á los hijos dimanase del derecho natural, habia de tener lugar igualmente en los hijos ilegítimos y de cópula prohibida que en los legítimos y naturales, á causa de que por derecho natural no se reconoce esta diferencia de hijos, como lo confiesa el mismo Emperador Justiniano en el cap. 1.º de la novela 74, manifestando que esta diferencia no se conocia antes que hubiese leyes escritas, sino que se introdujo por ellas, y repite lo mismo en el cap. 1.º de la referida novela 89, ademas de que todas las razones en que arriba se ha fundado la obligacion de alimentar los padres á sus hijos convienen y se verifican igualmente en los ilegítimos que en los legítimos, por lo que se debe concluir, ó que la ley de Justiniano derogó el derecho natural, lo que es un manifiesto absurdo, ó que la obligacion de los padres de alimentar á sus hijos no proviene, como se pretende, de un derecho natural propiamente dicho.

11 Aunque esta dificultad á primera vista parece sólida y fundada, sin embargo es de fácil espedicion si se tiene presente que los alimentos que los padres deben á sus hijos son de dos especies: unos necesarios y otros convenientes: los primeros son aquellos sin los cuales no se puede conservar la vida, y estos se deben por derecho natural propio y rigoroso, como se ha dicho, y los segundos ó convenientes son los que se deben dar con respecto á las

circunstancias del padre y del hijo, y en este concepto se llaman civiles por traer su orígen de la ley humana positiva. Supuesta esta diferencia ó diversidad de alimentos, es fácil conciliar la disposicion de Justiniano con lo que establece el derecho natural diciendo, que la novela prohibió los alimentos señalados por el derecho civil, que son los respectivos á las personas que los dan y que los reciben; pero en ninguna manera quiso ni pretendió privar á los hijos de que habla, de los alimentos necesarios é indispensables para la vida, y eximir á los padres de tan estrecha obligacion, por lo que haciéndose cargo de esta dificultad Heineccio en el lugar citado, dice con razon que aunque las palabras de que usa Justiniano en su novela sean muy duras, su opinion no lo fue tanto que quisiese que los hijos fuesen privados de los alimentos necesarios para la conservacion de la vida, sino que se propuso quitar á los padres la facultad de suministrar á los hijos los alimentos civiles ó respectivos á las personas de uno y otro.

12 Que por las leyes civiles estén obligados los padres á dar alimentos á sus hijos con respecto á sus facultades, está espreso en la ley 5.ª, §. 7.º y 10, ff. *de agnoscendis liberis*, y en las del codicilo, *de alendis liberis*, por lo que no debe parecer estraño que Justiniano en su novela tuviese por conveniente privar á los padres de hijos incestuosos, adulterinos y de cópula prohibida, de suministrarles los alimentos civiles ó convenientes en pena de su delito, y á estos de recibirlos.

13 La dureza que con razon se nota en la disposicion de Justiniano la mitigó el derecho canónico en el cap. 5.º *de eo, qui duxit &c.*, en donde hablando el Pontífice Clemente III de unos hijos engendrados de adulterio, declara que sus padres estan obligados á darles alimentos con respecto á sus facultades. Tratando tambien el señor Covarrubias de conciliar el capítulo canónico con la novela de Justiniano, dice en la parte 2.ª *de Matrimonio*, cap. 8.º, §. 6.º número 12, que por el capítulo canónico se deben á los hijos los alimentos correspondientes á las facultades de los padres, y por la novela los necesarios para la vida.

14 Habiendo manifestado la obligacion de los padres de criar y alimentar á sus hijos, y que trae su orígen de derecho natural propio y rigoroso, entendido de los alimentos necesarios para la conservacion de la vida, y que en cuanto á los alimentos convenientes no va de acuerdo el derecho canónico con el civil, negándolos este á los hijos habidos de cópula prohibida, y concediéndolos aquel, corresponde manifestar qué rumbo ha seguido nuestro derecho pátrio en este punto.

15 La ley 5.ª, tít. 19, partida 4.ª, ha dado ocasion á los comentadores de nuestro derecho para dividirse en sus opiniones: el señor Covarrubias en la parte 2.ª *de Matrimonio*, capít. 8.º, §. 6.º, número 26, despues de sentar que tanto el padre como la madre estan obligados á alimentar á sus hijos ilegítimos, y tambien sus ascendientes por una y otra línea, caso de no poder ejecutarlo los padres, se hace cargo de la citada ley de partida, que dispone que los hijos espúrios se hayan de alimentar por su madre ó los ascendientes de ella, y dice que no se debe tener consideracion á lo que por esta ley se ordena porque sigue el rigor del derecho cesáreo.

16 Menchaca *in repetitione ad autenticam noviss. de inofficioso testamento* lib. 2.º *de succesione, creatione*, §. 20, parte 4.ª, *requisitum* 42, número 319, reprende la opinion del señor Covarrubias, y sostiene que dicha ley no está corregida por el derecho canónico, sino que permanece en su fuerza y vigor. No es fácil de conciliar y comprender como afirmando Menchaca que la ley de partida no está corregida por el derecho canónico, sea digno de reprension el señor Covarrubias porque dice que la ley sigue el rigor del derecho cesáreo.

17 Gregorio Lopez en la esposicion á esta ley se inclina, aunque sin hacer mucha insistencia, á que va de acuerdo con el derecho canónico.

18 Para claridad de esta duda y venir en conocimiento de la verdadera inteligencia que debe darse á la ley, conviene referir su resolucion. Establece en primer lugar que los ascendientes asi de parte de padre como de madre estan obligados á criar á sus descendientes procreados de legítimo matrimonio, ó habidos de concubina pública: pasa á continuacion á tratar de los descendientes que nacen de adulterio ó de incesto, ó de otro fornicio, y establece que los ascendientes de parte de padre no estan obligados á criarlos si no quisiesen; pero los de parte de madre, tanto

ella como ellos, estan en la precision de criarlos si tuviesen bienes con que poderlo hacer, y en seguida da la razon de esta diferencia fundándola en que la madre siempre es cierta de los hijos que nacen de ella, y el padre no lo es de los que nacen de tales mugeres.

19 Como la ley, cuando exime á los ascendientes de parte de padre de la obligacion de criar á sus descendientes procreados de cópula prohibida, no hace mencion del padre, han inferido que la ley lo eximia de la misma obligacion, y por lo tanto que iba de acuerdo con la novela de Justiniano; pero cuán infundada sea esta ilacion lo descubrirá con toda claridad la ley 2.ª del mismo título y partida.

20 Se establece en ella general é indistintamente y sin distincion de casos la obligacion que tienen los padres y madres de criar á sus hijos, las razones que hay para ello, el modo con que deben hacerlo, y que en caso de negarse á satisfacer esta obligacion puedan ser apremiados por el juez á cumplirla.

21 Que la obligacion que impone la ley á los padres y madres de criar y alimentar á sus hijos sea general; que comprenda tanto á los ilegítimos ó bastardos como á los legítimos se convence de las razones en que la funda, que igualmente convienen á unos y á otros, como son el movimiento natural con que se mueven todas las cosas á criar lo que nace de ellas: el amor que la naturaleza ha infundido en los padres para con los hijos, y finalmente por que el derecho temporal, como el espiritual, convienen en el mismo principio.

22 Si pues en esta ley 2.ª ya se habia establecido ó declarado la obligacion que tenian los padres de criar á todos sus hijos sin distincion de clases, no correspondia que en la ley 5.ª se volviese á tratar este punto, y por lo tanto dirigió su disposicion á declarar la duda que podia haber acerca de la obligacion de los ascendientes de parte de padre y de madre de criar y alimentar á sus descendientes; y tratando de resolverla declaró, que los ascendientes de parte de padre tenian la obligacion de criar á sus descendientes habidos de legítimo matrimonio ó de concubina pública; pero en cuanto á los otros descendientes procreados de cópula prohibida los declaró exentos de dicha obligacion, y dispuso que los ascendientes de parte de madre quedasen sujetos á ella en cuanto á criar á tales descendientes.

23 La razon que tuvo la ley para eximir á los ascendientes de parte de padre de la obligacion de criar á sus descendientes procreados de cópula prohibida, y declarar comprendidos en dicha obligacion á los ascendientes de parte de madre se espresa en la misma con mucha claridad y precision, diciendo que es porque la madre siempre es cierta de los hijos que nacen de ella, y no lo es el padre de los que nacen de tales mugeres, que fue lo mismo que decir, que la causa fue porque constando por evidencia cuál era la madre de tales hijos resultaba una prueba cierta y positiva de quiénes eran ascendientes suyos, lo que no sucedia en el padre respecto de sus hijos, pues no habia ni evidencia de que fuesen suyos, ni por otra parte mediaba prueba cierta ni presuncion legal que se les atribuyese, y por lo tanto procedió la ley con notoria prudencia y justificacion en eximir ó no imponer á los ascendientes de parte de padre la obligacion de criar á sus descendientes habidos de cópula prohibida, por no haber prueba cierta ni presuncion legal que acreditase eran descendientes suyos.

24 Que esta y no otra fue la razon que tuvo la ley para establecer la diferencia de que hablamos entre los ascendientes de parte de padre y de madre se convence de la misma ley, la cual hablando de los hijos legítimos ó naturales impone á los ascendientes de parte de padre la misma obligacion de criarlos que á los ascendientes de parte de madre, porque á favor de tales hijos obraba la presuncion que nace del matrimonio y del concubinato, de que eran de tal padre, y siendo esto cierto no quedaba la menor duda de quiénes eran los ascendientes de los espresados hijos.

25 Contra esto acaso se dirá que si por no haber certeza de que los ascendientes de parte de padre lo sean de aquellos descendientes se les eximia de la obligacion de criarlos, por la misma idéntica razon debia quedar tambien eximido el padre, porque si habia certeza de que este lo era de tales hijos, no podia caber la menor duda de que sus ascendientes lo eran tambien de los mismos; y si no la habia de que el padre en realidad lo fuese de aquellos hijos, debia por la misma razon que á sus ascendientes eximírsele de la obligacion de

criar á los que no constaba eran hijos suyos.

26 Por mas especiosa que á primera vista parezca esta réplica, es fácil disolverla advirtiendo que no se trata ni recae la duda acerca de aquellos hijos espúrios propiamente dichos, que son los que nacen de mugeres que á un mismo tiempo han tenido comercio con muchos, porque en tal caso seria bien ociosa la disposicion de la ley de declarar libres de la obligacion de criar á sus descendientes á los ascendientes de parte de padre, que no se sabia quiénes eran, sino que se habla de aquellos hijos que nacen de muger que solo ha tenido comercio con uno solo privada y secretamente, en cuyo caso el padre tiene la certeza que le resulta de un hecho propio y privado, sin que por esto tengan sus ascendientes prueba positiva ó legal presuntiva de que aquellos hijos sean descendientes suyos, que es lo que hemos visto requiere la ley para gravar á los ascendientes con la obligacion de criar á sus descendientes.

27 Si porque la ley no hizo mencion del padre cuando declaró exentos á sus ascendientes de la obligacion de criar á sus descendientes se pretende inferir que tambien el padre quedó exento de dicha obligacion, comprobando este discurso con el hecho de que cuando la misma ley declaró á los ascendientes de parte de madre obligados á criar á sus descendientes, espresó que tan obligada estaba ella como ellos, cuya esplicacion hubiera hecho igualmente cuando habló de los ascendientes de parte de padre si no lo creyera obligado á criar tales hijos.

28 Pero tan lejos está de que este argumento pueda servir de apoyo á la opinion que se pretende, que antes bien la destruye, porque si hubiera querido la ley eximir al padre de la obligacion de criar á sus hijos, como eximió á sus ascendientes, lo habria espresado asimismo, como hablando de los ascendientes de parte de madre espresó que tan obligada estaba ella como ellos.

29 Que del silencio que guardó la ley acerca del padre, cuando eximió á sus ascendientes de la obligacion de criar á sus descendientes habidos de cópula prohibida, no se deba inferir que eximió tambien al padre, lo convence otro hecho de la misma ley, que pasando á declarar que los ascendientes de parte de padre estaban en la obligacion de criar á sus descendientes legítimos y naturales, no hace la mas mínima mencion del padre, y sin embargo no me persuado haya ninguno tan temerario que se atreva á inferir de este silencio que la ley eximió al padre de la obligacion de criar á sus hijos legítimos y naturales, al mismo tiempo que se la imponia á sus ascendientes, á quienes se comunicaba por medio del mismo padre, lo que persuade del modo mas convincente que del silencio que guardó la ley acerca del padre, cuando eximió á sus ascendientes de criar á sus descendientes de cópula prohibida, no se debe inferir que eximió tambien al mismo padre.

30 Tan distante está de deberse inferir del silencio que guarda la ley respecto del padre, que lo eximió de la obligacion de criar á sus hijos, que antes bien este mismo silencio es una prueba convincente de lo contrario: hemos dicho que la ley 2.ª estableció como regla general y constante la obligacion de los padres y madres de criar á sus hijos; con que cuando la ley 5.ª exime de esta obligacion á los ascendientes de parte de padre, sin hacer mencion de este, se debe inferir que este silencio fue porque lo dejaba comprendido en la regla de la ley 2.ª de quedar obligado, á causa de que los casos comprendidos en una regla siempre quedan sujetos á la misma, ínterin que espresamente no se eximan ó esceptúen.

31 El que la misma ley 5.ª cuando habló de los ascendientes de parte de madre diga que tan obligada estaba ella como ellos, fue un pleonasmo de que quiso usar, que no era necesario para su verdadera inteligencia, y que únicamente contenia una mayor esplicacion. Se aumenta á lo dicho que si el fin de la ley hubiera sido escluir á los padres de la obligacion de criar á sus hijos habidos de cópula prohibida, habria sido ocioso escluir á sus ascendientes, pues estándolo el padre era forzoso reconocer que tambien lo estaban los ascendientes, á quienes se deriva ó transmite dicha obligacion por medio del padre.

32 De lo dicho hasta aqui se manifiesta que la ley 5.ª, de que hemos hablado, no alteró lo dispuesto por la ley 2.ª acerca de la obligacion que en ella se impone á los padres y madres de criar á sus hijos generalmente y sin distincion de clases, y por lo tanto en esta parte no se separó

de lo dispuesto por el derecho canónico, antes bien se debe suponer que se conformó con él.

33 Tambien se echa de ver que estendió la disposicion del capítulo canónico á los ascendientes de parte de madre, imponiéndoles á estos la obligacion de criar á sus descendientes aunque fueren habidos de cópula prohibida, de que se convence no tuvo razon el señor Covarrubias para afirmar en el número 26 del párrafo citado, que la espresada ley 5.ª seguia el rigor del derecho cesáreo, ni menos se equivocó Menchaca en suponer que la referida ley podia haber sido corregida por el derecho canónico, pero que no lo era, sino que permanecia en su fuerza y vigor, pues siendo el capítulo una decretal de Clemente III, que floreció un siglo antes de formarse la ley de partida, implica que esta pudiese ser corregida por aquel, y de consiguiente es manifiestamente falso que permanezca en fuerza y vigor, dando á entender que fue anterior al capítulo canónico.

34 Mayor dificultad ofrece la disposicion de la ley 10, tít. 13, partida 6.ª, en la que se ordena, hablando de los hijos que no son legítimos ó naturales, sino de cópula prohibida, que no puedan en manera alguna no solo heredar ex testamento ó abintestato á su padre, sino de poder recibir de él cosa alguna por via de donacion ó legado, en cuya prohibicion no puede menos de comprenderse los alimentos civiles destinados para satisfacer la obligacion de criar á los hijos, por lo que parece forzoso haber de decir que esta ley corrigió ó declaró lo dispuesto por las leyes 2.ª y 5.ª arriba citadas, y se separó enteramente de lo establecido por el derecho canónico, conformándose y renovando lo dispuesto por la novela de Justiniano en cuanto á privar á los hijos de cópula prohibida de poder recibir alimentos de su padre.

35 Esta misma disposicion de la ley de partida la renovó y adoptó el Rey don Juan el I en la ley de Soria, que es la 6.ª, tít. 8.°, lib. 5.° de la Recopilacion, acerca de los hijos de los clérigos, cuya ley de Soria estendió y amplió la ley 9.ª de Toro, á fin de comprender en su disposicion á los mismos hijos de clérigos, frailes, freiles y monjas profesas, respecto de los bienes de sus madres para que no pudiesen recibir de ellas ningunos bienes. Siendo pues estas prohibiciones generales y absolutas, á saber; la de la ley de partida de que el padre pueda dejar parte alguna de sus bienes por título universal ó particular á sus hijos habidos de cópula prohibida; la de Soria de que los hijos de los clérigos puedan recibir de sus padres bienes algunos, aunque sea por contrato, y la de Toro que estiende esta prohibicion á los hijos de clérigos, frailes, freiles y monjas profesas respecto de los bienes de sus madres, parece incontestable que en todos estos casos los padres y madres no estén obligados á criar á sus hijos, ó dejarles los alimentos civiles, y de consiguiente que se separan de la disposicion canónica, y siguen á la letra el rigor de la novela de Justiniano.

36 Aunque este argumento á primera vista parece sólido y concluyente, no lo es en la realidad, como voy á manifestar: la prohibicion que hace al padre la ley 10 de partida de que pueda dejar á sus hijos habidos de cópula prohibida parte alguna de sus bienes, bien sea por título general de herencia, ó por otro particular de legado ó donacion, debe entenderse y limitarse á los que se dan voluntaria y espontáneamente por mera liberalidad, pero no de aquellos á que el padre es impelido por obligacion, como son los debidos por alimentos. Porque acaso se persuadirá alguno que esta esposicion es voluntaria é infundada y contra el verdadero sentido de la ley, conviene hacer patente su solidez.

37 Es constante que dicha ley 10 no se halla derogada ó corregida por ninguna posterior, ni tampoco la de Soria, que vemos está renovada y estendida por la ley 9.ª de Toro; y sin embargo de permanecer las espresadas leyes en su fuerza y vigor, se supone por la presente de Toro que hay casos en que no solo la madre sino tambien el padre está obligado á dar alimentos á sus hijos ilegítimos en vida ó en tiempo de su muerte; si, pues, no obstante la prohibicion de estas leyes supone la presente que la madre y el padre en algunos casos estan obligados á dar alimentos á sus hijos ilegítimos, se sigue por una consecuencia forzosa que en las espresadas prohibiciones no estan comprendidos los bienes destinados por alimentos, porque de otro modo habria una manifiesta contradiccion en prohibir á los padres dejar parte alguna de sus bienes á sus hijos ilegítimos, y estar obligados á darles ó dejarles alimentos.

38 Contra esto podria decirse que la obligacion que supone la presente ley en el padre de dar alimentos á sus hijos ilegítimos se ha de entender y limitar precisamente á los naturales, sin deber estenderse á los otros de cópula prohibida; pero sin embargo debe decirse que la obligacion que supone la ley en el padre comprende igualmente á los hijos de cópula prohibida que á los naturales, como se manifiesta de las palabras de que usa, de hijos ilegítimos, en que estan comprendidos unos y otros, y donde no distingue la ley, no se debe admitir distincion. Vemos ademas de esto que en los mismos términos habla la ley del padre que de la madre; y no pudiendo ponerse en duda que en los hijos ilegítimos respecto de la madre se comprenden los habidos de cópula prohibida, es consiguiente que deban entenderse tambien comprendidos los que los son respecto del padre, por lo que juiciosamente observa Cervantes al número 16 de su Comentario á la presente ley que por las palabras, hijos ilegítimos, no quiso denotar que hay alguna especie de hijos ilegítimos á quienes no esten obligados los padres á dar alimentos, sino para manifestar que ocurren casos en que cesa y no tiene lugar esta obligacion.

39 Comprueba tambien esta esposicion la escepcion que propone la misma ley diciendo, que si el hijo es natural, y el padre no tiene descendientes legítimos, puede mandarle de sus bienes todo lo que quisiere; lo que manifiesta que en las palabras hijos ilegítimos comprendió todas las especies de los que lo eran, pues de lo contrario no esceptuaria á los naturales para poder recibir mayor cuota ó cantidad que los demas, á que se aumenta que si el ánimo de la ley hubiera sido manifestar que la obligacion del padre de alimentar á sus hijos solo era con respecto á los naturales, sin trascender á los demas ilegítimos, fácilmente y con claridad lo podia haber indicado espresando que en caso que el padre estuviese obligado á dar alimentos á sus hijos naturales, y la madre á los demas ilegítimos, que por virtud &c.; con lo que declaraba espresamente y en términos de que no podia dudarse su concepto y sentido; de que debe inferirse que cuando no hizo esta esplicacion fue porque en la palabra genérica de hijos ilegítimos quiso comprender todas las especies de ellos.

40 Aun hay otro argumento muy eficaz que persuade el concepto propuesto, y se deduce de la estension que dió la ley 9.ª de Toro á la de Soria, á fin de comprender en su disposicion los hijos de los clérigos respecto de los bienes de sus madres. En virtud de esta estension tan inhibidas quedaron las madres de poder dejar parte alguna de sus bienes á sus hijos como lo estaban los padres por dicha ley de Soria, segun se ha manifestado en el capítulo de la referida ley 9.ª; es asi que por la presente se supone que todas las madres sin distincion pueden estar obligadas en ciertos casos á dar alimentos á sus hijos habidos de cópula prohibida, con que lo mismo general é indistintamente debe entenderse de los padres.

41 Supuesta en los padres la obligacion de dar alimentos á sus hijos ilegítimos en algun caso, corresponde examinar en qué caso se verifica esta obligacion, y no puede ser otro que cuando el hijo se halla en tal disposicion que no pueda adquirir por sí lo correspondiente á su regular manutencion, con tal que el padre tenga bienes para suministrarle los alimentos, y el hijo no haya cometido algun yerro por el que merezca ser privado de ellos, segun se previene en la ley 6.ª, tít. 19, partida 4.ª De lo dicho se infiere que cuando el hijo tiene por sí bienes para poder alimentarse, ó disposicion para adquirirlos por medio de su industria, cesa en el padre esta obligacion, como espresa y literalmente se declara en la citada ley 6.ª, que sigue en esta parte lo dispuesto en la 5.ª ff. *de agnoscendis liberis*, § 7.º

42 Disputan los autores si cuando el hijo es rico ó tiene medios para mantenerse podrá el padre suministrarle los alimentos que permite la presente ley. El señor Molina en el lib. 2.º, capítulo 5.º, número 46 y siguientes *de Primogenitis* sostiene con otros varios autores, como son Palacios Ruvios en la repeticion al capítulo *per vestras*, tercera nota, § 4.º, número 2.º, y § 23, número 7.º Tello, Acevedo, Gutierrez y Matienzo en sus Comentarios á esta ley, que en el caso supuesto no le es permitido al padre dejar cosa alguna al hijo por via de alimentos. Gregorio Lopez en la glosa tercera á la ley 10, tít. 13, partida 6.ª afirma que el padre en dicho caso puede dar á su hijo, aunque sea muy rico, el quinto de sus bienes, segun se deduce en virtud de la ley 9.ª y 10 de Toro; pero el

que con mas empeño defiende esta opinion es Lara de Córdoba en la repeticion á la ley *si quis à liberis & de agnoscendis liberis*, número 65; pone el fundamento de su opinion en el siguiente raciocinio: la presente ley de Toro, en cuanto á dar alimentos á los hijos ilegítimos, del mismo modo se esplica acerca del padre que de la madre, como claramente lo manifiestan sus palabras; es asi que la madre puede dejar el quinto de sus bienes á un hijo ilegítimo, aunque sea rico, como espresamente lo ordena la ley 9.ª, luego el padre debe tener la misma facultad.

43 Juan Cervantes en el número 59 del Comentario á esta ley se aparta de la opinion de Lara, y se propone satisfacer el argumento en que la funda, pero tiene la desgracia de haber elegido un medio tan inconducente é impropio para el fin, que en vez de disolver la dificultad la aumenta considerablemente, pues viene á parar al estremo de pretender que la presente ley está viciada, á causa de que se la ha añadido la palabra madre que ella no tenia en su origen, medio de que comunmente se valen los espositores, suprimiendo ó añadiendo palabras á las leyes cuando no pueden entenderlas.

44 Antes de satisfacer al argumento de Lara propondré los fundamentos de la primera opinion, que persuaden hasta la evidencia que el padre no tiene facultad por la presente ley para dar alimentos á su hijo de cópula prohibida, cuando es rico ó no necesita de ellos para su regular manutencion.

45 Cuando el padre está obligado á criar á su hijo ó darle alimentos, es cuando la presente ley le limita la cantidad ó cuota que puede dejarle, que es el quinto de sus bienes; es asi que cuando el hijo es rico ó tiene de que mantenerse no está obligado el padre á criarlo ó darle alimentos, luego en tal caso no puede el padre dejarle nada de sus bienes por razon de alimentos. La mayor de este silogismo está espresa en la presente ley de Toro; la menor se contiene en la citada ley 6.ª, tít. 19, partida 4.ª, y la consecuencia se deduce legítima y necesariamente de las anteriores proposiciones; con que es forzoso convenir en que la primera opinion es manifiestamente verdadera por deducirse de las disposiciones de dos leyes reales, y de consiguiente la opinion afirmativa, que es la segunda, es evidentemente falsa por ser contraria á las leyes que se han citado.

46 Aunque este argumento por sí solo es tan convincente que no deja la menor duda de la ninguna solidez de la opinion de Lara y de Gregorio Lopez, propondré otro que lo confirma y corrobora; ó el padre está siempre obligado á dar alimentos á sus hijos, ó solo en casos particulares; si se elige el primer estremo se incurre en el absurdo de que la ley de Toro habló con manifiesta impropiedad y con notorio error, pues supone que la obligacion del padre no es absoluta sino condicional para algun caso; si se elige el segundo es forzoso confesar que cuando no se verifica el caso de la ley, que respecto del hijo no puede ser otro que el de no tener bienes para su manutencion sin haber sido ingrato á su padre, no está obligado este á criarlo ó darlo alimentos; y faltando en el padre esta obligacion queda sujeto á la disposicion de las leyes anteriores, por las que se prohibe al padre dejar ó dar parte alguna de sus bienes por cualquier título que sea á los hijos habidos de cópula prohibida.

47 Un ejemplo hará aun mas perceptible este punto; se prohibe por las leyes civiles la enagenacion de los bienes de los menores sin justa causa, y se prescriben para el caso ciertas solemnidades, y nadie duda que si la enagenacion se hace sin que intervenga justa causa será absolutamente nula; porque las leyes solo eximen de su prohibicion el caso de que intervenga cierta causa, y no verificándose esta para la enagenacion cesa la facultad de poder enagenar los bienes de los menores, y continúa la prohibicion de las leyes. Lo mismo sucede en la prohibicion que hacen los cánones de enagenar los bienes de la Iglesia.

48 Vengamos ahora al argumento de Lara para hacer ver su poca solidez. Afirma que la presente ley en cuanto á dar alimentos á los hijos ilegítimos del mismo modo habla y determina acerca del padre que de la madre, y como esta puede dejar el quinto de sus bienes á un hijo ilegítimo, aunque sea rico, con arreglo á lo dispuesto en la ley 9.ª, infiere y deduce que al padre le compete la misma facultad, y de consiguiente puede dejar el quinto de sus bienes á un hijo ilegítimo, aunque sea rico.

49 No cabe la menor duda en que la presente ley en los mismos términos habla y se esplica acerca del padre que de la madre; pero su disposicion únicamente se

dirige y limita á que en caso de estar obligado el padre ó la madre á dar alimentos á sus hijos ilegítimos no puedan escederse del valor del quinto de sus bienes, de que se convence que nada aprovecha á Lara el que la presente ley hable en los mismos términos del padre que de la madre, pues solo prohibe que uno ú otro puedan escederse del valor del quinto de sus bienes cuando esten obligados á dar alimentos á sus hijos ilegítimos.

50 No se opone á esto el que por la ley 9.ª se conceda á la madre la facultad de poder dejar á sus hijos ilegítimos libre y espontáneamente el quinto de sus bienes cuando no está obligada á darles alimentos, y que cuando tiene contra sí esta obligacion no pueda escederse del valor del quinto, segun la presente ley, porque poder dejar el quinto y no poder escederse de su valor, no son estremos que envuelven en sí ninguna contrariedad ó contradiccion, mayormente hablando de casos diversos. De lo dicho se deduce el manifiesto error de Lara en pretender inferir que porque la presente ley habla en los mismos términos del padre que de la madre, podia aqui dejar el quinto de sus bienes á su hijo ilegítimo, aunque sea rico, asi como podia la madre hacerlo en virtud de la ley 9.ª: si lo que esta ley concede á la madre debiera entenderse concedido tambien al padre, se habria de decir que en caso de no tener el padre hijos legítimos, los espurios deberian serle herederos legítimos tanto ex testamento, como abintestato, segun lo son de la madre en virtud de lo dispuesto en la espresada ley 9.ª

51 Acaso se dirá que no se pretende que todo lo que concede la ley 9.ª á la madre se haya de entender concedido tambien al padre, sino salvar la contradiccion que se advierte entre las dos leyes respecto de la misma madre, porque en la 9.ª se le concede que pueda dejar el quinto de sus bienes á sus hijos en los casos que espresa, sean ricos ó pobres, y en la 10 se les prohibe darles el mismo quinto por razon de alimentos, si son ricos ó tienen con que mantenerse (esta réplica coincide con el argumento que hace Cervantes al número 64 de su Comentario para probar que en la presente ley la palabra madre se añadió por negligencia ó vicio de los impresores).

52 En satisfaccion de esta réplica se ha de decir que aunque sea cierto que por la ley 9.ª se permite á la madre dejar el quinto de sus bienes á su hijo ilegítimo, bien sea rico ó pobre, porque habla generalmente y sin distincion del estado del hijo; á mas de que si podia dejarle al rico el quinto de sus bienes, con mayor razon habia de tener facultad para dárselo al pobre: pero no es igualmente cierto que por la ley 10 se prohiba á la madre dejar el mismo quinto por razon de alimentos á su hijo ilegítimo, si es rico, porque la disposicion de dicha ley, como se convence de su contexto, solo se limita á prohibir que la madre pueda escederse del valor del quinto de sus bienes cuando está obligada á dar alimentos á su hijo; y prohibir el esceso en la cuota no es prohibir la misma cuota.

53 A esto se aumenta que seria un manifiesto absurdo el que la ley 10 prohibiese á la madre dejar el quinto de sus bienes á su hijo ilegítimo si era rico, pues como dicha ley solo habla del caso en que la madre está obligada á dar alimentos á sus hijos, y esta obligacion cesa cuando son ricos, como se declara en la citada ley 6.ª, tít. 19, partida 4.ª, vendria á ser lo mismo que suponer obligado al que no lo estaba, y prohibido satisfacer un débito que no tenia acreedor legítimo, lo que conocidamente era una disposicion ridícula y estraña, porque siendo términos relativos el de deudor y acreedor, seria incurrir en una vergonzosa contradiccion el que la ley supusiese obligada á la madre á dar alimentos cuando no habia acreedor, y prohibirla en concepto de obligada el satisfacer su obligacion.

54 Todavia puede replicarse, siguiendo el empeño de Cervantes, de que la ley está viciada en la palabra madre, del modo siguiente: ó por la ley 9.ª era permitido á la madre escederse del valor del quinto á favor de sus hijos ilegítimos, ó no: si se elige el primer estremo, se habrá de decir que la madre puede perjudicar á sus hijos legítimos en la cuota de sus legítimas, lo que es un absurdo legal: si se abraza el segundo resalta inmediatamente la reconvencion de que era inútil y superfluo que por la ley 10 se prohibiese á la madre escederse del valor del quinto, cuando ya la 9.ª le habia impuesto la misma prohibicion.

55 Sin embargo de esta réplica, se ha de decir que la ley 10 tuvo un motivo muy justo para comprender en su prohi-

bicion á la madre, y la razon es porque la disposicion de la ley 9.ª, reducida á que la madre pueda dejar si quisiere á sus hijos ilegítimos el quinto de sus bienes, era general, indefinida y sin hacer distincion de casos, y porque de esta resolucion podia inferirse que cuando la madre estaba obligada á dar alimentos á sus hijos por ser pobres y necesitar de ellos para su decente manutencion, tenia facultad para escederse de la cuota señalada en la ley 9.ª, creia conveniente resolver esta duda, y declarar que aun en el caso en que la madre esté obligada á dar alimentos á sus hijos, que equivale á lo mismo que ser pobres, no pueda escederse del valor del quinto de sus bienes.

56 De esta sencilla y natural esposicion se manifiesta cuánto se alucina Cervantes cuando pretende que hay contradiccion entre las leyes 9.ª y 10, porque esta afirma que en caso de estar la madre obligada á dar alimentos á sus hijos ilegítimos no pueda escederse del quinto de sus bienes, y la 9.ª establece que la madre tenga facultad para dejar á los mismos hijos todos sus bienes, y aun que sean herederos legítimos ex testamento y tambien abintestato, sin advertir que los casos de que hablan las dos leyes son diferentes, y deberia ser uno mismo para que se verificase oposicion verdadera en sus resoluciones: si la diversidad de decisiones respecto de casos distintos indugera contradiccion, deberia decirse que la Ley 9.ª estaba en oposicion consigo misma, pues en el caso de que la madre tenga descendientes legítimos, solo permite que les pueda dejar á los ilegítimos el quinto de sus bienes; y la misma ordena que en caso de que no tenga la madre descendientes legítimos sean herederos suyos los ilegítimos tanto ex testamento como abintestato, y no poder dejar la madre á sus hijos ilegítimos mas del quinto de sus bienes, y serle los mismos herederos legítimos ex testamento y abintestato, nadie se atreverá á negar que no sea una oposicion manifiesta si la ley hablase de un mismo caso, pero siendo diversos, es necesario desnudarse del carácter de racional para afirmar que hay oposicion en las dos resoluciones.

57 Omito otras contradicciones en que incurre Cervantes por sostener su estraña opinion, la que deberia no haber suscitado, solo con haber tenido presente que Palacios Ruvios, que asistió á la formacion de las leyes de Toro, en sus Comentarios á las mismas no hace la mas mínima mencion del vicio que supone en la ley 10, antes bien resumiendo su disposicion en el número 1.º hace espresa mencion del padre y de la madre, lo que ciertamente hubiera omitido si la palabra se hubiera añadido posteriormente en la ley por vicio ó incuria de los impresores; pero no conviene pasar en silencio la causa que tuvo este autor para tomar un rumbo tan estraño; nos dice al número 63 que habiendo leido una, dos y tres veces el contexto de las leyes 9.ª y 10, no pudo hallar medio de conciliarlas; si este fuera motivo justo para negar la autenticidad de las leyes, apenas quedaria alguna que no fuese juguete del capricho de los espositores, y da bastante á entender la presuncion de este autor en no creer á los demas capaces de comprender lo que él no alcanzaba á entender, atreviéndose á negar la ley 10, que es lo mismo que suponerla viciada, por no poder darle una interpretacion legal.

58 Tambien conviene notar que comunmente se atribuye al señor Covarrubias la opinion afirmativa de que el padre puede dejar al hijo espurio alimentos, aunque tenga de que mantenerse; pero es tan equivocado este concepto que espresamente sienta lo contrario en la parte 2.ª de Matrimonio, cap. 8.º, §. 6.º, número 13, y alega por fundamento de su opinion la ley 5.ª, §. 7.º, ff *de agnoscendis liberis*, y la 6.ª, tít. 19, partida 4.ª

59 Es verdad que en el número siguiente, suponiendo con el jurisconsulto Aimon, que afirma en el consejo 199 que puede establecerse por estatuto que al hijo espurio se le diesen alimentos, aunque tenga de que mantenerse, infiere que no seria vulgar interpretacion aplicar esta doctrina á las leyes 9.ª y 10 de Toro, á fin de que el padre pudiese legar á un hijo ilegítimo la quinta parte de sus bienes, aunque fuese muy rico: pero á pesar de esto confiesa á continuacion que es dudosa esta interpretacion, y aconseja que se reflexione sobre ella cuando el hijo es de los espurios, que nada pueden recibir sino por razon de alimentos, lo que me ha parecido hacer presente por el concepto que se merece este sabio autor, aunque á la verdad despues de haber sentado en el número 13 que al hijo e spurio cuando tiene de que mantener-

se uo le puede el padre dejar cosa alguna por razon de alimentos, segun lo dispuesto en las leyes que cita, asi civiles como reales, bien pudiera haber omitido la cuestion propuesta por Aimon, y poner en duda si su doctrina era ó no adaptable á la verdadera y recta inteligencia de las leyes 9.ª y 10 de Toro.

60 Habiendo manifestado que el padre ni está obligado ni le es permitido dejar al hijo espurio el quinto de sus bienes cuando es rico ó tiene de que mantenerse, fácilmente se puede dar salida á la duda que suscitan los autores, de si cuando no necesita el hijo espurio de todo el quinto para poderse mantener sin desdoro de su persona ó de la de su padre, podrá este dejarle el quinto íntegro de sus bienes por razon de alimentos; y aunque en este punto se dividen, como tienen de costumbre, nuestros comentadores, no puede ponerse en duda que las mismas razones que hay para que el padre no pueda dejar parte alguna del quinto de sus bienes al hijo espurio que es rico ó tiene de que mantenerse, obran igualmente para que no le sea permitido dejarle aquella parte del quinto que no le es necesaria para su decente manutencion; pues asi como en el primer caso cesa la concesion de la ley citada de partida en el todo, debe cesar en el caso presente en la parte del quinto, que no es necesaria para la regular manutencion del espurio: porque la misma regla que rige en el todo debe observarse en la parte cuando tiene un mismo fin ó destino, como asi lo persuade sólidamente Tello Fernandez en el Comentario á esta ley, número 9.º, á quien sigue el señor Molina en el número 54 del capítulo 15 citado, y con mas estension lo prueba Acevedo, tít. 8.º, lib. 5.º Recopilacion, número 6.º y siguientes, donde con sólidas razones establece esta opinion.

61 La contraria sostiene Palacios Ruvios nota 3.ª, §. 24, número 10, el señor Covarrubias número 12 del lugar arriba citado, sin dar alguna razon, y Avendaño; siendo digno de notarse en este autor que habiendo sentado en la glosa 1.ª á esta ley, número 1.º, que cuando el hijo es rico no puede el padre dejarle el quinto por alimentos, afirma en la glosa 2.ª de la misma ley, número 6.º y siguientes, que aun cuando el hijo no necesite del quinto entero para sus alimentos, podia el padre dejárselo íntegramente, sin hacerse cargo que la prestacion de alimentos es en el padre satisfaccion de un débito que le impone la ley con respecto á las necesidades del hijo, y de consiguiente en la parte que escede el quinto de las necesidades del alimentado, ya no es satisfaccion de un débito, sino una pura y mera donacion que le está prohibida al padre por la ley 11, tít. 13, partida 6.ª, y las demas arriba citadas, por las que igualmente se inhabilita el padre de poder dejar parte alguna de sus bienes al hijo espurio. Si es prohibido al padre dejar todo el quinto de sus bienes á su hijo espurio cuando nada necesita de él para su legal manutencion, ¿cómo le ha de ser permitido dejarle todo el quinto cuando solo necesita una parte de él para su decente manutencion?

62 No fue el fin de la ley habilitar al padre para que pudiese dejar el quinto de sus bienes al espurio, sino permitirle que se lo diese por razon de alimentos cuando el hijo necesitase de él para su regular manutencion, y de consiguiente en la parte que cesa la necesidad del hijo debe cesar la facultad que la ley le concede al padre.

63 Otra cuestion contrapuesta á esta suscitan los autores, á saber, si cuando el valor del quinto no es suficiente para los alimentos que necesita el hijo con respecto á sus circunstancias y las de su padre, podrá este dejarle mayor cantidad. En la resolucion de esta duda se dividen los comentadores, como regularmente acontece; Tello Fernandez al número 3.º de la presente ley se propone esta duda, y afirma que el padre en el caso de la disputa no puede escederse del valor del quinto. Molina de *Primogenitis* en el lib. 2.º, cap. 15, número 52 se propone la cuestion en términos generales, de que el quinto no sea suficiente para los alimentos del hijo, y para proceder con claridad y no confundir las especies distingue en el número 53 dos casos: el primero cuando se trata de los alimentos que se deben al hijo espurio segun la cualidad de las personas: el segundo cuando la duda es de los alimentos necesarios para la conservacion de la vida; en el primer caso, que es el que se comprende en la duda propuesta, resuelve decisivamente que aunque el padre tenga hijos legítimos, no se le puede compeler á dejar al espurio por razon de alimentos mayor cantidad de la contenida en el quinto. La razon de esta decision la funda en la presente ley, que señala esta cantidad por

razon de alimentos, haciendo á los hijos ilegítimos capaces de recibirlos, y no permitiendo al padre que se esceda de ella; y como esta asignacion de alimentos proviene del derecho civil, y no son necesarios para la conservacion de la vida, de aqui es que la disposicion de la ley civil se debe guardar, de forma que aunque necesite el espurio mayor cantidad que la del quinto para su regular manutencion, no se le debe dar: lo que dice es cosa tan clara que no necesita de mayor comprobacion, cuya opinion la tengo por cierta y verdadera y enteramente conforme á la letra y espíritu de la presente ley, debiendo solo advertir que si Tello Fernandez, como Molina en los lugares citados, imputan al señor Covarrubias la opinion contraria en la parte 2.ª *de matrimonio*, cap. 8.º, §. 6.º, número 8.º lo que es absolutamente falso, pues ademas de que dicho autor nada dice en el espresado número 8.º concerniente á la indicada duda, afirma lo contrario de lo que se le imputa en el número 12, pues tratando de concordar el capítulo canónico *cum haberet* con el derecho civil de la auténtica *ex contentu*, *C. de incest. nuptiis*, dice que aunque por derecho civil se debe á los hijos comprendidos en dicha auténtica los alimentos necesarios para conservar la vida, pero no aquellos que atendida la dignidad de los hijos les son precisos para su decente manutencion, y da por razon que la ley civil puede negar los alimentos que no son debidos por derecho natural; si, pues, este autor reconoce que la ley civil puede negar del todo los alimentos que no son necesarios por derecho natural, ¿cómo habia de admitir que por la ley civil no se pudiese determinar y señalar la cuota de los alimentos necesarios para la vida? A continuacion hace mencion de la presente ley, y dice que por ella se permite dejar por via de alimentos á los espurios el quinto de los bienes, la cual parte, añade, necesariamente deberá aumentarse si no basta para la conservacion de la vida; cuya espresion, sin duda, dió causa á Tello y Molina para creer que afirmaba que cuando los alimentos no eran suficientes para la decente manutencion de los hijos, podia el padre escederse del valor del quinto, sin reflexionar que esta facultad únicamente la concede en los alimentos necesarios para la conservacion de la vida.

64 Tambien imputa equivocadamente esta opinion á Gomez en el número 4.º, quien refiriéndose á la cuota del quinto que señala la ley 10, dice que se ha de entender respecto del hijo nacido de cópula prohibida, y del natural, cuando el padre tiene hijos legítimos, porque en caso de no tenerlos puede dejarle cuanto quisiere: cuyas palabras no deben entenderse general é indistintamente del espurio y del natural, sino respectivamente segun la calidad de cada uno, esto es, que respecto del espurio no se puede esceder el padre del valor del quinto, bien tenga hijos legítimos ó no; y respecto del natural tiene facultad para escederse del valor del quinto cuando no tenga hijos legítimos, como terminantemente se espresa en la misma ley; y si cuando no tiene el padre hijos legítimos pudiera dejar al espurio lo que quisiera, no habria esceptuado la ley de la regla prohibitiva, que establece solo al hijo natural.

65 Omito referir los autores que siguen la opinion contraria, los que podrán verse en el Molina y en el Matienzo en el capitulo á esta ley, glosa 1.ª, número 6.º y siguientes, advirtiendo de paso que Avendaño en la glosa 2.ª, número 8.º del Comentario á esta ley, dice que si el padre tiene hijos legítimos no puede escederse de la cuota señalada por ella, y si no los tiene puede dejarle mas del quinto; lo que dice es la distincion de que usa Molina, segun ha podido entender, siendo asi que este autor espresamente afirma que cuando el padre no tiene hijos legítimos no puede dejar al espurio mas de la quinta parte de su bienes por alimentos civiles, que son de los que va hablando.

66 Cuando los alimentos son necesarios para la conservacion de la vida, que es el otro caso que distingue Molina, puede el padre escederse del valor del quinto, segun Gregorio Lopez en la ley 8.ª, número 13, partida 6.ª, glosa 10; y el señor Covarrubias en el número 12 del lugar citado, y refiere por su opinion á Rodrigo Suarez. Matienzo es del mismo dictámen en la ley 8.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 1.ª, número 9.º y 10, y tambien Molina, quien pone por limitacion en el número 53 el caso de que el padre tenga hijos legítimos, y se funda para esto en que sin embargo de que la obligacion de alimentos al espurio sea de derecho natural, tambien el mismo derecho impone la obligacion de alimentar á los legítimos, y

concurriendo en este caso dos obligaciones naturales, puede el derecho civil declarar la cualidad de alimentista, y señalar mayores alimentos al legítimo que al espurio, lo que afirma hizo justamente en este caso la ley de Toro declarando, pero no corrigiendo, el derecho natural.

67 Causa la mayor admiracion que un autor que tan sabia y juiciosamente habia distinguido y separado los casos de que los alimentos sean necesarios á la vida de cuando no lo son, y reconocido la diferencia que media entre la obligacion natural y civil, que respectivamente obran en estos dos casos, pudiera haber incurrido en las estrañas inconsecuencias que se han referido.

68 No es cierto que la ley de Toro haya declarado que la obligacion de dar los alimentos necesarios para la vida al hijo legítimo sea preferida á la que tiene el mismo padre de alimentar á su hijo espurio en igual caso, pues la espresada ley no habla de los alimentos necesarios para la vida, sino de los civiles que se deben al hijo espurio con respecto á sus circunstancias y á las facultades del padre para su regular manutencion, como arriba queda manifestado, y lo reconoce el mismo Molina en el número 84, donde afirma, siguiendo la opinion de Tello Fernandez, que cuando el quinto de los bienes del padre es escesivo con respecto á las necesidades del hijo para su regular manutencion, no puede aquel dejarle íntegramente el valor del quinto; con que es claro que la ley de Toro solo debe entenderse que habla de los alimentos civiles, y no de los necesarios á la vida, ni en tal caso podia haberlos limitado al valor del quinto, como lo confiesa el mismo Molina, cuando el padre no tiene hijos legítimos; á que se aumenta que la disposicion de la ley de Toro únicamente recae sobre los alimentos debidos á los hijos ilegítimos, como lo manifiestan espresamente sus palabras, y habria sido bien escusado y ocioso disponer de los alimentos debidos a los hijos legítimos, cuando á estos les corresponde por las leyes sus legítimas, las que rara vez dejan de esceder el valor del quinto, y aun seria un intolerable absurdo que estendiendo la disposicion de la ley á los hijos legítimos, les hubiera limitado los alimentos á solo el valor del quinto.

69 Tampoco la circunstancia de tener el padre hijos legítimos puede variar ó alterar la obligacion de derecho natural de alimentar á los espurios. Es constante, como ya se ha manifestado arriba, que la diferencia entre los hijos legítimos y espurios solo proviene del derecho civil sin que sea reconocida por el derecho natural, y de consiguiente la obligacion del padre de dar los alimentos necesarios para la vida obra igualmente respecto de los espurios que de los legítimos, y por lo tanto no se reconoce en el padre accion ni facultad para preferir los unos á los otros, sino que está obligado á repartir sus bienes igualmente entre ellos, en la hipotesi cuasi imposible de que en todos se verifique á un mismo tiempo igual necesidad de los alimentos para la vida.

70 Se olvida Molina de la suposicion en que va hablando cuando dice que puede la ley civil señalar mayores alimentos al legítimo que al espurio, declarando la cualidad de alimentos, porque si uno y otro estan igualmente necesitados de los alimentos para la vida, como se supone si los bienes del padre precisamente bastaban para socorrer las dos necesidades, no podia la ley civil señalar mayores alimentos al legítimo que al espurio, á causa de que lo que daba de mas á aquel quitaba á este, lo que en realidad no era otra cosa que revocar y anular la obligacion de derecho natural que tiene el padre de dar los alimentos necesarios para la vida á su hijo espurio, á que no llega la virtud y potestad de la ley civil. Si los bienes del padre solo alcanzaban para alimentar á uno de los dos hijos, en tal caso podria admitirse que la ley civil declarase el que debia ser preferido, cuyo caso apenas cabe en la esfera de lo posible.

71 Tello Fernandez, con algun otro en el número 3.º y 4.º del Comentario á esta ley, reprueba la opinion del señor Covarrubias, de que el padre puede escederse de la cuota del quinto cuando este no basta al hijo espurio para los alimentos necesarios á la vida, y tiene por ineficaz el fundamento que alega de que los alimentos necesarios para la vida se deben por derecho natural, el que no puede alterarse ni corregirse por el civil, y establece en contrario por punto general que el padre no tiene facultad para dejar al hijo espurio mayor porcion que la del quinto de sus bienes, aunque no sea suficiente para los alimentos necesarios para la vida, sin

hacer distincion alguna en sí tiene ó no hijos legítimos, ni si son muchos ó pocos, y quiere que lo que se dice que es de derecho natural el alimentar á los hijos no se entienda de la necesidad de alimentarlos, sino del instinto, con otras razones igualmente débiles é infundadas.

72 Ya manifesté arriba la ninguna solidez de la opinion que atribuye al instinto natural, y no á una obligacion rigorosa y verdadera de derecho natural, la precision que tienen los padres de alimentar á sus hijos cuando de otro modo no pueden conservar la vida; pero sin embargo en confirmacion de lo que dije arriba espondré otras razones y fundamentos que me han ocurrido despues.

73 Es constante en la suposicion de haber criado Dios á Adan necesitado de alimentos para sustentar la vida, que se vió precisado por el mismo hecho á darle los necesarios para conservarla, pues de otra forma habria una manifiesta contradiccion en su designio de criar al hombre para propagar su especie, y dejarlo perecer de necesidad á breve tiempo ó despues. Para satisfacer esta obligacion lo crió, no solo en un estado perfecto, robusto y capaz de procurarse por sí los alimentos necesarios para su subsistencia, sino que tambien dispuso su sabia providencia hacer la tierra fecunda y productiva, y que de hecho diese frutos antes de la creacion de Adan, de que pudiese este servirse para su conservacion.

74 Si no hubiera procedido Dios con esta sabia providencia y economía en la creacion de Adan, ó lo hubiera criado en el estado de debilidad, impotencia é incapacidad en que despues nacen sus descendientes para procurarse por sí los alimentos necesarios á la vida, ¿hubiera obrado consiguientemente á sus altos fines en mandarle que propagase su especie si inmediatamente habia de perecer? Si Dios, como autor de la vida de Adan, quedó obligado ó darle medios con que sustentarla, ¿cómo podria ponerse en duda que los padres, que son autores de la vida de sus hijos, no estén obligados por derecho natural rigoroso y verdadero á mantenerlos y sustentarlos?

75 Pero detengámonos á desenvolver mas esta verdad. ¿Adan y Eva tuvieron obligacion rigorosa de derecho natural de alimentar á sus hijos, ó no? Si se elije este segundo estremo es necesario decir que el precepto de propagar la especie, que Dios les impuso, no les obligó á su observancia, lo que envuelve el mas absurdo y temerario error en que puede incurrir un entendimiento humano, porque es eximir á la criatura de la obediencia debida á su Criador: si, pues, este precepto obligó á Adan y Eva á propagar su especie, forzosamente les habia de obligar á conservarla despues de nacida, porque de otro modo era imposible su propagacion; es asi que sin darle los alimentos necesarios á la vida al hijo engendrado no podia propagarse su especie, con que se deduce por una consecuencia legítima que el precepto de propagar su especie, que se impuso á nuestros primeros padres, incluye y envuelve en sí la obligacion de alimentar á sus hijos, por no poder de otro modo verificarse la propagacion.

76 Mas claro, el precepto de propagar la especie, que Dios impuso á Adan y Eva, necesariamente produjo la obligacion de tener entre sí actos generativos por ser el único medio que podia verificar la propagacion mandada, á causa de que todo precepto positivo de cualquier legislador de ejecutar alguna cosa lleva precisamente inherente en sí la obligacion de valerse de aquel medio, sin el cual no puede verificarse la ejecucion del precepto. Ahora bien, es evidentemente cierto é incontestable que no fue menos necesario á Adan y Eva para propagar la especie el alimentar á sus hijos despues de nacidos que el haber tenido cópula para engendrarlos; con que si esta fue de derecho natural, en virtud de la voluntad de Dios manifiesta y espresa de que propagasen su especie, igualmente debe ser de obligacion natural rigorosa y propia el alimentar á la especie ó hijos despues de nacidos, no pudiendo de otro modo conservar la vida á los propagados.

77 Queda ya manifestado que Adan y Eva en virtud del precepto de propagar su especie contrageron la obligacion de derecho natural y rigoroso de alimentar á sus hijos: resta ver ahora si este precepto fue solo personal para Adan y Eva, ó se estendió tambien á sus hijos y demas descendientes de nuestros primeros padres. No admite la menor duda que dicho precepto fue trascendental á sus hijos y demas descendientes, y es la razon porque si no se hubieran comprendido en él los hijos del

primer grado, en estos se habria terminado la propagacion de la especie, como que no estaban obligados á conservarla; ademas de que mandándose en el mismo precepto que ocupasen y llenasen toda la tierra, no pudieron los hijos de primer grado de Adan y Eva cumplir con esta obligacion, porque de estos nos consta no fueron tantos que pudiesen por sí poseer y ocupar la estension de la tierra.

78 De aqui se infiere que el precepto de propagar la especie, no solo se estendió á los hijos de primer grado de Adan, sino tambien á sus descendientes, en quienes únicamente se podia verificar que llenasen toda la tierra; á que se aumenta que no habiendo sido general el precepto de Dios impuesto á Adan de propagar la especie para sus hijos y descendientes, no se podian haber verificado los altos designios que Dios tuvo en la creacion de la especie humana, como fueron la redencion del pecado en que incurrió por la desobediencia de Adan, y la fundacion de su Iglesia. Si pues hemos visto que por el precepto de Dios á Adan y Eva de propagar su especie quedaron estos obligados por derecho natural rigoroso, cual es la voluntad de Dios como autor de la naturaleza, que es el único constitutivo de este derecho, de alimentar á sus hijos, y se ha hecho demostrable que este precepto comprendió á los hijos del primer grado de Adan y á todos sus descendientes, ¿qué ley ó razon ha podido posteriormente eximir á los demas padres de la obligacion que les impuso en cabeza de Adan y Eva de alimentar á sus hijos?

79 No se infiera de esto que asi como el precepto de propagar la especie fue personal en Adan y Eva, obligándolos á los actos generativos, lo fue igualmente en todos sus descendientes, que es el error en que incurrieron los judíos creyéndose todos obligados á contraer matrimonio, debiéndose decir que dicho precepto en los descendientes de Adan no recayó en cada uno de sus individuos, sino en la especie en comun, á la manera que el sacerdocio en la Ley de Gracia es preciso y necesario; pero esta necesidad no recae en cada uno de los fieles, sino en la Iglesia en comun; y como el sacerdocio sin embargo de ser voluntario obliga al que lo abraza á las obligaciones del estado, igualmente el que contrae matrimonio y procrea hijos en él ó fuera de él queda sujeto á las obligaciones de padre.

80 No se concluyen aquí las dudas acerca de la inteligencia de la presente ley: pretende Tello Fernandez al número 5.º de su Comentario que cuando el padre tiene mas de cinco hijos legítimos no puede dejar al espurio el quinto de sus bienes, porque en tal caso recibiria este mayor porcion que aquellos, y seria de mejor condicion que ellos, y cita en comprobacion la ley 9.ª, §. 3.º, cap. *de naturalibus liberis.* Se echa de ver que Tello se equivocó en el caso que propone; pues no solo cuando los hijos legítimos son mas de cinco, sino tambien cuando son mas de cuatro se siguen los inconvenientes que espresa; por lo que el señor Molina en el numero 51, hablando con mas exactitud en el cap. citado, dice que cuando el padre tiene mas de cuatro hijos legítimos no puede dejar el quinto de sus bienes al espurio, y afirma que la opinion de Tello es muy verdadera.

81 Sin embargo del dictámen de estos autores debe decirse que su opinion no es general y absolutamente cierta, siempre que el padre tenga mas de cuatro hijos legítimos. Es constante que la ley habilita al padre para dejar el quinto de sus bienes al hijo espurio si lo necesita para su decente manutencion, sin hacer distincion alguna en si el padre tiene ó no mas de cuatro hijos legítimos, y solo pide por requisito preciso e indispensable el que el padre esté obligado á dar alimentos á su hijo ilegítimo, por lo que hablando con precision y exactitud, la duda debe proponerse en estos términos: si cuando el padre tiene mas de cuatro hijos legítimos estará obligado á dejar el quinto de sus bienes al espurio, y en este caso la resolucion es harto obvia y fácil, porque si los legítimos tienen igual necesidad que el espurio del quinto para su decente manutencion, el padre no está obligado á dejar el quinto á este en perjuicio de sus hijos legítimos, porque seria entonces aquel de mejor condicion que estos, que es lo que se prohibe por la ley citada del código, que habla del hijo natural ofrecido á la curia, y quiere que la porcion que se deje á este no esceda á la menor que perciba cualquiera de los legítimos.

82 Cuando al contrario los legítimos no tienen igual necesidad del quinto para

su decente manutencion que el espurio, el padre estará obligado á dejar el quinto de sus bienes á este, sin que se verifique entonces que el espurio sea de mejor condicion que los legítimos, porque es mejor no haber menester socorros que tener necesidad de ellos.

83 De lo dicho se infiere cuánto se aparta del verdadero sentido é inteligencia de nuestra ley Matienzo en la glosa 1.ª, número 8.º de su Comentario, donde afirma que no teniendo el padre hijos legítimos puede dejar al espurio no solamente mas del quinto, sino todos sus bienes, fundándose en que en tal caso le es permitido disponer de todos ellos en favor de su alma; y como se le concede dejar al espurio otra tanta cantidad que por su alma, infiere puede dejarle todos sus bienes no teniendo hijos legítimos, asi como podia invertirlos en tal caso en beneficio de su alma.

84 Pero no advierte este autor que la presente ley no concibe su disposicion en términos generales de que pueda dejar al espurio cuanto pueda destinar en beneficio de su alma, sino cohartándola á que no le pueda mandar mas de la quinta parte de la que podia disponer por su alma, y era incurrir en una manifiesta contradiccion limitar la manda del padre á solo el quinto, y permitir al padre que pudiese dejar al espurio cuanto podia invertir en sufragio de su alma.

85 Tampoco echó de ver que la ley, despues que prohibe dejar al espurio mas del quinto de sus bienes, pone la exencion de que si el hijo es natural y no tiene el padre descendientes legítimos le pueda mandar todo lo que quisiere de sus bienes, de que debia haber inferido que no se le concedia igual facultad al padre cuando el hijo era espurio ó de cópula prohibida, porque de lo contrario hubiera sido inútil y viciosa la escepcion que concedia la ley al padre, limitándola al hijo natural si la tenia tambien respecto de los espurios.

86 Aun se convence mas la falsedad de la opinion de Matienzo con lo que dispone la ley 9.ª acerca de los hijos de damnado y punible ayuntamiento, que les prohibe poder ser herederos de sus madres ex testamento y abintestato, y al mismo tiempo permite á estas que les puedan mandar en vida ó en muerte hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas de lo que podian disponer por su alma, y con todo no creo haya ninguno que se atreva á decir que pudiendo la madre destinar en dicho caso todos sus bienes en beneficio de su alma, podia igualmente mandárselos á los hijos habidos de damnado y punible ayuntamiento.

87 Dos cosas estableció de nuevo la presente ley: una fue señalar y limitar la cuota ó cantidad de alimentos que se podian dejar á los hijos espurios, cuya cuota fue el quinto de los bienes del padre, caso que estuviese este obligado á suministrárselos. La otra es que pueda el hijo disponer en vida ó en muerte de la cantidad que se le haya dejado por razon de alimentos.

88 La razon que tuvo la ley para conceder al padre que pudiese dejar hasta el quinto de sus bienes al hijo espurio no fue otra, si creemos á Palacios Rúvios que asistió como uno de los ministros del Rey á la formacion de las leyes de Toro, que el haber tenido presente que la ley 9.ª, título 5.º, lib. 3.º del fuero real concedia al padre la facultad de disponer del quinto de sus bienes en favor de los estraños; de que infirieron unánimemente todos los ministros de aquel Congreso, que con mas razon debia concedérsele al padre con respecto á los hijos espurios lo que se les permitia para con los estraños.

89 En cuanto á la otra disposicion de la ley, por la que se da facultad al hijo de disponer en vida ó en muerte de los bienes que se le han dejado por razon de alimentos, debe tenerse presente que estos por su naturaleza y condicion son personales é inherentes á la persona, y de consiguiente se acaban y estinguen con la muerte del alimentista, segun lo supone entre otras leyes la 8.ª, §. 10, ff *de transactionibus*, y no podia ser otra cosa, porque siendo el fin de la prestacion de alimentos la conservacion de la vida, ó mantener la regular decencia de la persona del alimentista, faltando esta debian cesar los alimentos, como inútiles á su destino; y como por otra parte los espurios de cópula prohibida no podian por derecho civil recibir cosa alguna de su padre, bien fuese de usufructo ó de propiedad, y por las leyes de partida nada se hubiese declarado acerca del modo con que se debian dar los alimentos á los espurios, parecia consiguiente por la razon indicada arriba que por la muerte del alimentista cesasen los alimen-

tos y volviesen al que los daba, ó á sus herederos, al modo que el usufructo se acaba y estingue por la muerte del usufructuario: en este estado tuvo á bien declarar la presente ley que los alimentos pudieran dejarse en propiedad, y que en este caso pudiese disponer de ella el alimentista ó espurio en vida ó en muerte como le pareciere, de forma que esta conexion de la ley en realidad comprende dos partes: una en que se concede al padre dejar los alimentos en propiedad, y otra al hijo en que se le permite disponer en vida ó en muerte de la propiedad que se le ha dejado por alimentos.

90 Disputan los comentadores si el padre tendrá facultad para imponer gravámen en los bienes que deja al hijo para sus alimentos, y estan varios en sus opiniones, y hablan con harta confusion. Para no incurrir en el mismo inconveniente distinguiré varios casos y aplicaré á cada uno su resolucion, debiendo suponer antes por preliminar que la ley no obliga al padre á dar alimentos al espurio en bienes raices ó en propiedad, pues lo que únicamente ordena es que por razon de alimentos no pueda dejar al espurio mas del quinto de sus bienes, de que se infiere que no le prohibe señalar los alimentos en usufructo ó en una prestacion anual.

91 Sea el primer caso cuando el padre deja al hijo los alimentos en bienes raices ó en propiedad sin hacer otra alguna esplicacion; en este caso puede el hijo, usando de la facultad que le da la ley, disponer en vida ó en muerte de los bienes que se le dejaron, y la razon es porque se le transfirió y adquirió el dominio de ellos sin ninguna restriccion ó limitacion de tiempo, y de consiguiente el dominio de ellos fue absoluto é irrevocable. De esta opinion es Antonio Gomez al número 41, y el señor Covarrubias al número 25, §. 6.º del capítulo citado.

92 El segundo caso es cuando el padre deja los alimentos en usufructo ó en legado anual, y entonces no podrá gravar al alimentista á que durante su vida dé parte del usufructo ó legado á un tercero; el fundamento de esta opinion estriba en que el padre da alimentos compelido de la obligacion, y esta impide que ni le pueda dar mas ni menos de lo que el espurio necesita para su decente manutencion, segun se ha probado arriba; y si en el caso de la disputa el padre gravase con la restitucion de una parte de usufructo ó legado al hijo, ni este recibiria lo que necesitaba, ni aquel satisfaria el débito á que estaba obligado.

93 Otro caso es cuando el padre habiendo dejado los alimentos en bienes raices ordena que despues de la muerte del hijo pasen á un tercero. Gomez se propone este caso en el número 42 y 43 de su Comentario, y resuelve que el padre no puede imponer este gravámen, y que el hijo podrá usar de la facultad que la ley le concede: la razon en que funda su opinion es porque el hijo recibe como un débito los bienes que se le han dejado por alimentos, y por lo tanto puede transmitirlos á sus herederos.

94 García, separándose de la opinion de Gomez, dice en el capítulo 3.º, número 27 y 54 *de expensis*, que el padre puede imponer el gravámen de restitucion al espurio de los bienes para despues de la muerte del mismo, y afirma que así lo vió sentenciar en la Chancillería de Valladolid: la razon en que se funda García es que los alimentos son personales y no transitorios á los herederos, segun la ley que se ha citado *de transactionibus*, y aunque la de Toro diga, que puede el hijo transmitir los alimentos á sus herederos ó á quien le parezca, debe entenderse en caso que se le dejen libremente y sin ninguna condicion.

95 Esta opinion de García la tengo por cierta, y por sólidas las razones que alega, y en su confirmacion me ocurre decir que supuesto que la ley de Toro, ni prohibe que los alimentos se dejen en usufructo legado anuo, ni manda que se hayan de dejar en propiedad, como he dicho arriba, contentándose únicamente con permitir que se puedan dejar en propiedad, con tal que no escedan del valor del quinto, es claro que lo mismo satisface y cumple el padre la obligacion de alimentar al espurio dejándole bienes en propiedad, que en usufructo ó legado anuo: si, pues, en estos dos últimos casos por la muerte del alimentista se estingue el usufructo y cesa el legado por ser personales los alimentos, es indispensable decir que igualmente cesa y se estingue la obligacion del padre cuando ha dejado los alimentos en propiedad, pues de lo contrario se habia de decir que estaba obligado á dar alimentos á un muerto. Supuesto que ha cesado la obligacion

del padre y la necesidad del hijo, que era la causa de los alimentos, ¿qué motivo puede haber que impida al padre la libre disposicion de sus bienes en este caso?

96 Si cuando el hijo tiene de qué mantenerse no está el padre obligado, ni aun le es permitido, aunque quiera, dar alimentos al espurio, segun se ha manifestado arriba, ¿cómo habia de continuar la obligacion de dar alimentos despues de la muerte al que se los habia dado en vida?

97 No se opone á esto el que la ley disponga que pueda el hijo en vida ó en muerte hacer lo que le parezca de los bienes que se le han dejado por alimentos, porque esto se ha de entender, como juiciosamente lo advierte García, para cuando el padre no ha dispuesto otra cosa. La ley no pretende variar la naturaleza de alimentos haciéndolos absolutos de personales, porque á ser esta su intencion hubiera prohibido que se dejasen en usufructo ó legado anuo, lo que en realidad no hizo; y asi su disposicion, bien mirado, no tuvo otro objeto que el de conceder un ensanche ó desahogo al amor paterno, permitiéndole que pudiese transferir en el espurio con dominio irrevocable lo que le dejaba por razon de alimentos, y en virtud de esta indulgencia de la ley se dió á los espurios la capacidad de que antes estaban privados rigorosamente por las leyes de poder recibir cosa alguna de su padre por cualquiera título que fuese.

98 Me ha parecido advertir que no es aplicable á este caso la doctrina que trae Molina en el número 11 del capítulo 15 ya citado, donde afirma que el padre no puede gravar los bienes que se dejan por razon de alimentos á los hijos, porque allí habla de los alimentos que se deben á los legítimos en lugar de la porcion legítima que se les habia de dar y les correspondia por la ley; y asi como la legítima escluye todo gravamen, asi tambien los alimentos que se subrogan en su lugar.

99 La última parte de la ley contiene una complicacion á favor de los hijos naturales, por la que se le permite al padre en caso de no tener hijos ó descendientes legítimos poderlos instituir herederos de todos sus bienes, aun cuando tengan ascendientes legítimos. Por el capítulo 12 de la novela 89, repetida en la auténtica *licet*, capít. *de naturalibus liberis*, habia ya concedido igual facultad Justiniano á los padres en el caso que no tuviesen ascendientes legítimos, y lo mismo se repitió por la ley 8.ª, tít. 13, partida 6.ª; pero por la ley 1.ª y 15, tít. 6.º, libro 3.º del fuero real se amplió esta facultad de los padres de instituir herederos á sus hijos naturales en defecto de legítimos; cuya disposicion ha confirmado y ratificado la presente ley; y lo mismo concedió la anterior á las madres respecto de sus hijos ilegítimos.

Ley XI de Toro; es la 9.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

E porque no se pueda dubdar cuáles son fijos naturales, ordenamos é mandamos que entonces se digan ser los fijos naturales, cuando al tiempo que nascieren ó fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente, sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su fijo, puesto que haya tenido la muger de quien lo ovo en su casa, ni sea una sola: ca concurriendo en el fijo las calidades susodichas mandamos que sea fijo natural.

COMENTARIO

á la Ley 11 de Toro.

1 Dispone la presente ley que los hijos se digan naturales cuando al tiempo que nacieren ó fueren concebidos podian casarse justamente sus padres sin dispensa, con tal que el padre lo reconozca por hijo, aunque no haya tenido la muger de quien lo engendró en su casa ni sea una sola.

2 Por derecho civil de romanos se limitaba el significado propio y rigoroso de hijos naturales á los que eran nacidos de concubina, que fuese única y sola, y habitase en trage de tal en la misma casa del padre, como se previene en la novela 18, cap. 5.º, y en la 89, cap. 12, §. 4.º; á mas de esto se requeria que tanto el padre como la madre ó concubina estuviesen hábiles para contraer matrimonio, ó lo que es lo mismo, habian de estar libres de todo embargo ó impedimento de contraerlo, como de parentesco ó matrimonio &c., segun se dispone en la ley 10 y 11 *de naturalibus liberis*, debiéndose advertir que no todas las mugeres que estaban hábiles para contraer matrimonio podrian ser concubinas, escluyéndose como escluían las vírgenes y viudas que vivian honestamente, á

causa de que la cópula con estas la llamaba estupro la ley 6.ª *ad legem Juliam et Papiam*; y aquellas con quienes se cometia estupro no podian recibirse por concubinas, disponiéndolo asi la ley 1.ª, §. 1.º, ff. *de concubinis*.

3 Nuestro derecho real de las partidas casi en todo seguía la disposicion del derecho civil en este punto, porque la barragana ó concubina habia de ser una sola y en disposicion de poderse casar con ella, sin que pudiese ser vírgen ó viuda que viviese honestamente, segun todo se comprende en la ley 2.ª, tít. 14, partida 4.ª; y en la ley 1.ª, tít. 15 de la misma partida se establece por regla, que hijos naturales y no legítimos se llaman aquellos que no nacen de casamiento sino de barragana, y en la 8.ª, tít. 13, partida 6.ª se requiere como cosa necesaria para que el hijo sea natural que haya sido engendrado de muger que no habia duda que el padre la tenia por suya, con tal que ni él tuviese entonces muger legítima, ni ella marido.

4 He dicho que nuestro derecho real casi en todo seguía las disposiciones del civil, porque la cualidad de que la concubina ó barragana hubiese de habitar en la casa del padre no se encuentra espresamente señalada en ninguna de las leyes de partida, antes bien en la ley 1.ª ya citada del tít. 15, se dice que los hijos que nacen de barraganas que tenia el padre fuera de su casa, y son de tal condicion que comerciaban con otros, no eran naturales, lo que da bastante á entender que si se abstenian de dicho comercio eran naturales los hijos nacidos de ellas, aunque les faltase la cualidad que exigia el derecho civil de vivir en la misma casa con el padre, como lo observa Gregorio Lopez en la glosa 7.ª á dicha ley, de que se deduce por sentido contrario que en este punto no estaba acorde ni conforme con el derecho civil el derecho real de las partidas.

5 El derecho canónico ninguna declaracion hizo acerca de los hijos que debian llamarse naturales, aunque supone que los hay en el capítulo 10 *de renuntiatione*, donde advierte que se deben distinguir los hijos espurios de los naturales, sin espresar las cualidades que habian de concurrir en estos.

6 En este estado se formó la presente ley de Toro, por la cual se hizo la declaracion que queda referida, por la que quedaron derogadas todas las cualidades que exigia el derecho civil para que los hijos fueran naturales, porque segun la ley de Toro, ni era necesario que el hijo naciese de concubina, ni que esta viviese en la misma casa con el padre, ni que fuese única y sola, ni aun exigió como cualidad precisa que los padres al tiempo de la concepcion estuviesen hábiles y capaces para contraer matrimonio, sino que se contentó con que esta aptitud y capacidad de los padres se verificase distintivamente al tiempo de la concepcion ó del parto.

7 Debe leerse con admiracion que diga Tello Fernandez en el número 1.º al Comentario á esta ley que lo dispuesto por ella se hallaba ya ordenado por el derecho canónico, y que la ley de Toro en su disposicion siguió y se conformó con la del citado derecho. Ya se ha dicho arriba que el derecho canónico ninguna declaracion ha hecho acerca de los hijos que deben tenerse por naturales, aunque supone que los hay; con que mal podria conformarse y seguir la disposicion de la ley de Toro, que únicamente se dirige á señalar y prescribir las cualidades que han de concurrir en los hijos para llamarse naturales, lo establecido por el derecho canónico en este punto; pero Tello Fernandez y los que son de su opinion han confundido lo que dispone el derecho canónico en el cap. 1.º y 6.º, *qui filii sint legitimi*, acerca del modo de legitimarse los hijos por el subsiguiente matrimonio con lo que establece la ley de Toro que no trata del modo de legitimar los hijos por el subsiguiente matrimonio, sino de prescribir las cualidades que deben tener los hijos para decirse naturales; por lo que con razon reconoce Lara *in lege*, *si quis á liberis*, *ff. de liberis agnoscendis*; y Cervantes al número 128 y siguientes del Comentario de la ley de Toro, que su disposicion no sigue ni confirma lo ordenado por el derecho canónico, como claramente se convencerá cualquiera que haga cotejo de lo dispuesto en los capítulos canónicos que se han citado con lo que establece la ley de Toro, pues en realidad la disposicion canónica recae acerca de aquellos hijos que se hacen legítimos antes ó despues de su nacimiento por subsiguiente matrimonio de sus padres, y la ley de Toro se ordena á declarar por naturales cierta especie de hijos, cuyos padres no han con-

traido matrimonio, de forma que la una requiere el matrimonio para que los hijos se hagan legítimos, y la otra lo escluye para que sean naturales. A mas de esta diferencia notaré otras muy sustanciales en el progreso de este Comentario que median ambas disposiciones.

8 Como la disposicion de la presente ley exige la aptitud de los padres para contraer matrimonio sin dispensa en uno de los tiempos de la concepcion ó del nacimiento, es á todas luces claro que en cualquiera de estos dos tiempos, ó siempre que se verifique uno de ellos, el hijo será natural, segun dicha ley, porque en toda disposicion disyuntiva basta que exista uno de los dos estremos para que se verifique su resolucion. De aqui se infiere por una consecuencia necesaria que en todos aquellos casos en que los padres al tiempo de la concepcion se hallan ligados con un impedimento dirimente de aquellos que solo se remueven por dispensa, aunque al tiempo del nacimiento los padres se hallen aptos y espeditos para contraer matrimonio en virtud de la dispensa que hayan obtenido del impedimento, el hijo no se dirá natural, porque se verifica que en ninguno de estos dos tiempos ha podido casarse sin dispensa, y de consiguiente no ha habido en ello la aptitud que exige la ley.

9 De la misma disposicion se deduce que cuando al tiempo de la concepcion los padres ó alguno de ellos estaban ligados con otro matrimonio, y al tiempo del parto por haber muerto el consorte del adúltero ó de la adúltera se hallaban en disposicion y espeditos para casarse, el hijo sería natural, porque se verificaba que en uno de los dos tiempos los padres podian contraer matrimonio sin dispensa, como sabiamente lo infiere Palacios Ruvios en el número 10 del Comentario á esta ley.

10 Véase aqui una de las diferencias entre la disposicion canónica acerca de legitimarse los hijos por el subsiguiente matrimonio, y la de la ley de Toro, pues en el capítulo *Tanta*, espresamente resuelve el Pontífice que el que ha sido concebido de adulterio, aunque despues se casen sus padres por haber muerto la muger del adúltero ó el marido de la adúltera, no se legitíma por el subsiguiente matrimonio.

11 No se me oculta que el señor Covarrubias en la segunda parte de matrimonio, cap. 8.º, §. 2.º, examinando la duda de si para que el hijo se légitime por subsiguiente matrimonio será preciso que los padres se hallen en aptitud para casarse al tiempo de la concepcion, ó bastará que la tengan al tiempo del parto, resuelve que es suficiente que la tengan en cualquiera de estos dos tiempos, fundándose en la ley 7.ª, ff. *de statu hominum*, en la que se dice que el feto antes de nacer se considera como ya nacido, y en la autoridad del Hostiense, Juan Andrés y otros canonistas á quienes comunmente siguen Molina, *de justitia et jure*, tratado 2.º, disput. 172, Sanchez, *de matrimonio*, lib. 8.º, disput. 7.ª, número 19, y muchos de los glosadores; pero sin embargo el sabio jurisconsulto don Francisco Sarmiento en el primer libro, cap. 5.º, número 10 de sus cuestiones selectas de derecho, se aparta é impugna la opinion del señor Covarrubias, quien confiesa habiendo examinado las razones de Sarmiento, se halla dudoso si la opinion que él llamó comun es verdadera, y aconseja al lector que proceda con cautela en este punto.

12 Sin valerme de los fundamentos de Sarmiento, que podrá ver cualquiera en el lugar citado, voy á manifestar lo infundado de la opinion del señor Covarrubias y de los canonistas á quienes sigue.

13 Dos son los capítulos canónicos que establecen la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, el 1.º y 6.º *qui filii sint legitimi*. En el 1.º fue consultado Alejandro III si un hijo que habia sido concebido antes de casarse sus padres, los que despues contrageron matrimonio, debia reputarse por legítimo, y resuelve que sí. En el segundo declara el mismo Pontífice que si un hombre, viviendo su muger, tiene cópula con otra y procrea un hijo, aunque despues de la muerte de la muger legítima contraigan matrimonio los padres de este hijo, será espurio y no legítimo, y deberá ser escluido de la herencia de su padre. Por poco que se reflexione se echa de ver que en estos dos capítulos se proponen casos contrarios; en el 1.º se habla de unos padres que tenian aptitud para casarse al tiempo de la concepcion; y en el 2.º de otros que carecian de esta aptitud en el espresado tiempo, y sin otra diferencia la decision del Pontífice es contraria ó diversa, declarando legitimado al hijo en el primer caso, y espurio en el segundo; luego es claro que el fundamento

de una resolucion tan diferente no pudo ser otro que la diversidad que se encontraba en los padres respectivos al tiempo de la concepcion, pues en ninguno de los casos se hace la mas mínima mencion del tiempo del nacimiento, lo que manifiesta ser una conocida arbitrariedad el estender al tiempo del nacimiento la aptitud para casarse que el derecho canónico habia limitado al tiempo de la concepcion.

14 Es impertinente alegar las leyes del derecho romano para este punto, ocho ó diez siglos anteriores á la decision de Alejandro III, pues aun cuando estuviesen espresas en el particular, que no lo estan, el Pontífice tuvo facultad para derogarlas, y las opiniones de los autores ó glosadores no pueden estenderse á mas que á los puntos que no estan resueltos en los cánones ó leyes; pero no á lo que se entiende comprendido en su resolucion, segun la regla establecida de que donde la ley no distingue no se debe admitir ninguna distincion, sea estensiva ó restrictiva, mayormente cuando no se sigue absurdo de contrario.

15 El fundamento que puede tener la opinion de estos autores en las leyes civiles no puede ser otro que el que ofrece la ley 11, cap. *de naturalibus liberis*, en donde por regla general establece el Emperador Justiniano que en todas las dudas que ocurran acerca del estado de los hijos, no se atienda al tiempo de la concepcion, sino del parto, escepto aquellos casos en que resulte mayor utilidad á los hijos de usar del primer tiempo que del segundo, y lo mismo repitió en el cap. 8.º de la novela 89, por lo que con sobrada satisfaccion dice Amaya, siguiendo la opinion del señor Covarrubias y demas autores que la defienden, en el lib. 1.º, cap. 4.º, número 5.º de sus observaciones del derecho, que se admira que los intérpretes hayan sido de opuestos dictámenes en la resolucion de una duda que está espresamente decidida en la ley 11 citada, del C.

16 Apesar de esto, si se le preguntase á Amaya si el Papa Alejandro III habia tenido presente la ley de Justiniano, se habia de ver embarazado para dar una respuesta sólida y concluyente, porque si decia que habia tenido presente la ley de Justiniano no debia haber resuelto general y absolutamente en el cap. *Tanta*, que el que habia sido concebido *de adulterio* no podia legitimarse por el matrimonio subsiguiente de sus padres, sin hacer la mas mínima mencion de si estaban ó no hábiles para contraer al tiempo del nacimiento: si no la tuvo presente, ademas de la injusticia que se le hace á uno de los mas sabios y prudentes Pontífices que han gobernado la Iglesia de Dios de imputarle la ignorancia de las leyes de Justiniano, que en aquel tiempo se estudiaban con mas esmero que al presente, se pretenderia privarle de la indisputable autoridad de establecer las leyes que creyese mas útiles y convenientes para el gobierno de la Iglesia de Dios.

17 ¿En qué ley del código de Justiniano ni de las Pandectas se permite que se pueda legitimar por el subsiguiente matrimonio un hijo concebido de vírgen ó de viuda honesta? Y por mas que se revuelvan estos cuerpos legales, en donde se encierra el tesoro de la jurisprudencia romana, no se encontrará el menor vestigio de esta permision, antes por el contrario se exige por requisito indispensable en casi todas las leyes que se hallan en el título del cap. de *naturalibus liberis*, como son la 5.ª, 6.ª, 7.ª, 10 y 11, que el hijo ha de ser concebido de concubina que el padre tuviese en su casa, con los demas requisitos de que ya se ha hecho mencion, y á mas de esto en el §. 4.º inst. de *publicis judiciis*, se declara que se comete estupro con la vírgen ó viuda que vive honestamente, é impone á los estupradores, si son personas honradas, la confiscacion de la mitad de sus bienes, y si viles la de azotes con destierro, y lo mismo viene á decirse en la ley 34, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*, y sin embargo de todas estas disposiciones legales del derecho romano declara el mismo Pontífice Alejandro III en el cap. 1.º *qui filii sint legitimi*, que el hijo concebido de estupro, esto es, de muger que no tenia el padre en su casa en concepto de concubina, como se previene en la citada ley 34 para que la cópula dejase de ser estupro, se legitíma por el subsiguiente matrimonio.

18 Si el Pontífice Alejandro III pudo estender el beneficio de la legitimacion por el subsiguiente matrimonio á los hijos concebidos de estupro por padres, que estaban hábiles para contraer matrimonio al tiempo de la concepcion, ¿cómo podrá pretenderse que este mismo Pontífice no tuviese facultad para haber reducido y limitado la aptitud de los padres para contraer matri-

monio al tiempo de la concepcion sin estenderla al tiempo del nacimiento.

19 Lo mas particular es que el Pontífice nada innovó en el particular de no admitir la aptitud de los padres para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento, si habia faltado al tiempo de la concepcion, sino que en esta parte se conformó y siguió las disposiciones del derecho civil, como voy á manifestar; pero antes no puedo menos de indicar de paso, que si por derecho civil no se podian legitimar por el subsiguiente matrimonio los hijos concebidos de estupro de vírgen ó viuda honesta, sino que precisamente habian de ser de concubina, como se ha manifestado, con mayor razon habian de estar privados del beneficio de la legitimacion los hijos concebidos de adulterio, por la mayor gravedad que envuelve en sí este delito que el de estupro, y las mas graves penas que por las leyes se le imponen.

20 La ley 11, ff. de *statu hominum* bastaba por sí sola para que los autores de la contraria opinion se hubieran abstenido de promoverla; se le consultó en ella al jurisconsulto Paulo si un hijo que habia sido concebido del matrimonio que contrajo una hija ignorándolo su padre, y nació despues de la muerte del padre de la hija, ó de su abuelo, se habia de tener por hijo legtímo de los padres que lo engendraron, y responde que no debe ser tenido por hijo legítimo. En este caso se vé que el hijo fue concebido de un matrimonio nulo por las leyes civiles, como contraido sin la voluntad del padre de la muger, sin cuyo consentimiento se habia contraido el matrimonio nulo, el que se habia hecho válido por el mero hecho de permanecer los consortes en la misma voluntad de continuar en el matrimonio, y sin embargo de esto dice el jurisconsulto que el hijo no es legítimo aunque al tiempo del parto naciese de un matrimonio válido y legítimo por haber sido concebido en un tiempo en que el matrimonio fue nulo, y de consiguiente fue engendrado de cópula prohibida, cual fue el estupro; de que se infiere con la mayor claridad que no basta que los padres hayan tenido aptitud para casarse al tiempo del parto si les ha faltado al tiempo de la concepcion.

21 Queriéndose desembarazar de esta dificultad el señor Covarrubias en el lugar citado, dice que ni al tiempo del parto ni de la concepcion fue legítimo el matrimonio de que habla la ley, porque al tiempo de la concepcion fue nulo por haber faltado el consentimiento del padre, y al tiempo del parto no fue confirmado el anterior matrimonio con un nuevo consentimiento; pero contra esto le opone sabiamente Sarmiento en el lugar arriba citado que para revalidar aquel matrimonio no era necesario que los padres manifestasen un nuevo consentimiento despues de la muerte del abuelo, sino que bastaba que permaneciesen y continuasen en la misma voluntad que tuvieron al principio, como se convence de la ley 27, ff. *de ritu nuptiarum*, en la que hablando de un senador, que contra la prohibicion de las leyes habia contraido matrimonio con una libertina, dice el jurisconsulto Ulpiano que aunque en realidad no puede ser muger legítima ínterin que permanezca senador, si llega á perder la dignidad empieza á serlo. Véase como el jurisconsulto no pide nuevo consentimiento para ratificar el matrimonio, sino que basta que removido el impedimento permanezcan en la misma voluntad los consortes.

22 Otro tanto se dispone en la ley 65, ff. de *ritu nuptiarum*, en donde consultado el mismo jurisconsulto Paulo si el que ha ido destinado con empleo público á una provincia podrá casarse con una muger de la misma provincia, y tener hijos legítimos, responde que aunque el matrimonio se haya contraido contra la ley que prohibe tales matrimonios, con todo si despues de haber cumplido su destino persevera en la misma voluntad, el matrimonio se revalida, y por lo tanto los hijos que nacen despues de este matrimonio serán legítimos; en cuya respuesta se echa de ver que no se requiere nuevo consentimiento para ratificar y revalidar el matrimonio nulo, sino que basta perseverar en el que tuvo al principio, lo que se presume no manifestando lo contrario.

23 Mas terminante si cabe es aun la ley 6.ª, C. *de nuptiis*, en que el Emperador Gordiano hablando de la misma especie de matrimonios que se contraían en las provincias contra las leyes, resuelve que si concluido el oficio persevera en la misma voluntad el matrimonio será justo, y los hijos recibidos y nacidos de un justo matrimonio serán legítimos, como lo declara la respuesta del prudentísimo Paulo,

que es la que se ha copiado en la ley anterior.

24 En cuanto á la ley que alega el señor Covarrubias para fundar su opinion, que es la 7.ª, ff. de *statu hominum*, hay muy poco que decir por ser enteramente inoportuna para el intento. En ella dice el jurisconsulto Paulo, hablando de las partes ó porciones que se conceden ó pertenecen á los hijos de los que han sido condenados, que al que está en el vientre se le guarda y cuida como si hubiera nacido siempre que se trata de su comodidad. Si en esta ley habla el jurisconsulto, como parece debe entenderse, de los hijos engendrados de legítimo matrimonio, nada conduce al intento de la disputa; y para suponer que la ley habla de los hijos engendrados fuera de matrimonio, y si serán ó no legítimos al tiempo del parto, no presta el menor apoyo en sus palabras, y de consiguiente tal esposicion seria arbitraria y de capricho.

25 Si el señor Covarrubias despues de haber visto la impugnacion de don Francisco Sarmiento manifestó quedaba dudoso de la certeza de la opinion que habia seguido y propuesto como comun, no sucedió asi á don Francisco Amaya, que en el lugar arriba citado, habiéndose hecho cargo de la opinion del señor Covarrubias y de la impugnacion de Sarmiento, se propone seguir la del primero, é impugnar ó satisfacer á las razones del segundo; y persuadido de que la ley 11 citada, ff. *de statu hominum* es el principal apoyo de la opinion de Sarmiento, se propone en el número 12 y siguientes declararla haciendo una esposicion de ella.

26 Reconoce que la decision de la ley recae sobre los matrimonios que contraen los hijos de familia contra la voluntad de sus padres, los que aunque empiezan á ser justos cuando los hijos nacen despues de la muerte del abuelo, con todo al tiempo de la concepcion no se reputaban dichos matrimonios justos y legítimos hasta la muerte del abuelo, que se revisten de esta cualidad. La razon de esto dice que consiste en que como tales matrimonios estaban prohibidos por derecho al principio que se contrageron, no pudo retrotraerse el nacimiento del hijo al tiempo de la concepcion en el que existia, y se verificaba el impedimento de la prohibicion del padre, á causa de que la ficcion de la legitimidad siempre debe referirse y retrotraerse al tiempo de la posibilidad, y por lo tanto, segun espresa al número 2.º, si al tiempo de la concepcion del hijo hay impedimento entre los padres para contraer, no puede fingir la ley que en aquel tiempo se contrajo el matrimonio porque en las ficciones (prosigue) se requiere la habilidad de los estremos *à quo, et ad quem*; y continuando en el número 11 la esposicion que se vá refiriendo, infiere que con razon dijo él jurisconsulto que el hijo cuando fue concebido no fue legítimo sino desde el nacimiento, pues desde aquel tiempo empezó á faltar el impedimento que obraba contra el matrimonio.

27 En confirmacion de esta esposicion se vale al número 13 de la ley 6.ª, capítulo *de nuptiis*, en la que se resuelve que si un matrimonio fuere contraido contra las leyes por aquellos que gobiernan las provincias, y despues de concluido el cargo perseveran en la misma voluntad, los hijos que despues hayan tenido y nacido serán legítimos y justos; de que se infiere que los hijos que segun dicha ley se han concebido despues se reputarán justos, y si han sido concebidos antes no se reputarán tales, segun se contiene en la citada ley del jurisconsulto Paulo. Hasta aqui la esposicion ó declaracion que hace Amaya de la espresada ley.

28 Veamos ahora las contradicciones ó inconsecuencias en que incurre. Ha dicho, como queda referido en la especie de la ley, Paulo que aunque por la muerte del abuelo se haga legítimo y justo el hijo que ha nacido, no deberá reputarse tal desde el tiempo de la concepcion, porque entonces obstaba el impedimento; de donde concluye que con razon dijo Paulo que el hijo no fue justo y legítimo desde la concepcion, sino desde el nacimiento. No puede afirmarse cosa mas opuesta y contraria á la mente y letra que se pretende esponer y esplicar. No dice el jurisconsulto que el que ha sido concebido de un matrimonio celebrado contra la voluntad del padre, y ha nacido despues de la muerte del abuelo sea injusto é ilegítimo desde la concepcion, y justo y legítimo desde el nacimiento, sino que era injusto é ilegítimo despues de haber nacido, porque habia sido concebido en un tiempo en que el matrimonio tenia contra sí el impedimento de la falta de voluntad del padre.

29 A mas de esto si el jurisconsulto

tuvo por legítimo al hijo desde el nacimiento, era una nimiedad verdaderamente pueril el detenerse á manifestar y esponer que no habia sido legítimo desde el tiempo de la concepcion, pues despues de nacido era cuando habia de disfrutar de todos los derechos y prerogativas de la legitimidad. Aun se hace mas demostrable la falsedad de la esposicion de Amaya con su misma doctrina, porque ha supuesto que para que sea admisible la retractacion ó ficcion de derecho han de ser hábiles los dos estremos *à quo, et ad quem*, y aunque sea hábil el estremo *à quo* por haber nacido el hijo de que hablamos de un matrimonio legítimo, no lo era el estremo *ad quem* por no poderse referirse ó retrotraerse el matrimonio legítimo al tiempo de la concepcion, en que obraba el impedimento de la falta de voluntad del padre. Véanse las palabras del mismo Amaya en el citado número 2.º "*Atque ita, si tempore conceptionis filiorum udesset impedimentum inter parentes, non potuit lex fingere eo tempore esse contractum matrimonium,*" de forma que no se pueden apetecer y desear espresiones mas terminantes contra la esposicion que intenta dar á la ley *Paulus*.

30 Tambien ha incurrido en otra contradiccion manifiesta al intentar, apoyar y confirmar la espresion de la ley Paulus con la 6.ª, capítulo *de nuptiis*, pues en la especie de esta ley, para que los hijos sean legítimos de aquellos padres que al principio contrajeron un matrimonio reprobado por las leyes, y posteriormente se habia hecho legítimo y justo por haber cesado el impedimento, exige la ley no solo que hayan nacido de un matrimonio justo, ó que lo fuera al tiempo del nacimiento, sino que tambien habia de tener esta cualidad al tiempo de la concepcion, como espresa y terminantemente lo reconoce el mismo Amaya interpretando la palabra susceptos, y sustituyéndole la de conceptos, de que infiere á continuacion que los hijos concebidos despues que el matrimonio se hizo justo y legítimo, deberán reputarse por justos, y si han sido concebidos antes no se reputarán por justos segun el contenido de la ley *Paulus*, por cuyas palabras se vé con la mayor claridad que confiesa que en la especie de la ley 6.ª del capítulo se trataba de unos hijos concebidos y nacidos cuando el matrimonio era legítimo y justo, tanto al tiempo de la concepcion como del parto, y por eso eran legítimos, y que en la especie de la ley *Paulus* se trataba de un hijo nacido de un matrimonio, que aunque era justo al tiempo del parto, no lo fue al tiempo de la concepcion, y por lo tanto no era legítimo, sino ilegítimo; si pues reconoce el mismo Amaya que el hijo de que habla la ley *Paulus* no era legítimo y justo, ¿para qué y por qué dice al fin del número 12 que desde el nacimiento habia sido justo y legítimo el hijo de que trata la ley *Paulus*, dando por razon el que habia cesado el impedimento del matrimonio al tiempo del parto?

31 A las demas razones que alega Amaya, como que acerca del estado de los hijos se debe estar á lo que les fuere mas favorable al tiempo del parto, segun las leyes 5.ª, § 2.º, y la 7.ª ff. *de statu hominum*, se satisface diciendo que eso podrá tener lugar cuando ni al tiempo del parto, ni al de la concepcion ha intervenido delito reprobado por las leyes; y como en los casos de que se habla siempre se ha delinquido al tiempo de la concepcion, seria un incentivo para delinquir el que se atendiese al tiempo del parto y no al de la concepcion, en que se habia cometido el delito. Ni es otro el sentido de la ley 11, capítulo *de naturalibus liberis*, que tan decisiva á su favor la crea Amaya, admirándose de que despues de su decision se haya podido suscitar duda por los intérpretes en esto punto, como manifestaré despues cuando esponga la decision de dicha ley.

32 En cuanto á que en el estado de libertad ó servidumbre se deba atender con preferencia á lo que es mas favorable á aquella, nada tiene de estraño, ni puede servir de paridad para el punto que tratamos, porque milita otra razon muy diferente, fundada en el estado variable que puede tener la madre desde el tiempo de la concepcion hasta el del parto, como en el del intermedio, sin que en ninguno de ellos haya intervenido delito reprobado por las leyes y contrario á la libertad; lo contrario sucede en nuestro caso, porque verificada la cópula reprobada por derecho, queda consumado el delito, y de consiguiente no cabe variacion, sino que permanece invariable y perfecto, segun lo indica la ley 65, ff. *de justis*, y la 1.ª, ff. *de penis*, en la que se establece que para imponer al reo la pena se ha de tener consideracion á su condicion al tiempo del delito, y no á

la que tuviere cuando se dió la sentencia. De esta doctrina deduce Sarmiento que seria cosa ridícula que por haber parido la adúltera despues de la muerte de su marido pretendiese esta que el hijo no habia sido adulterino sino natural, y que por lo tanto podia legitimarse por el subsiguiente matrimonio, lo que seria indispensable decir admitiendo la opinion que se impugna.

33 Tampoco se opone el argumento que hace Amaya contra lo que dice Sarmiento, que esta materia no se debe estender y ampliar en favor de los hijos que han sido concebidos en pecado; de que infiere Amaya que si esto fuera cierto, ningun hijo engendrado fuera de matrimonio se podria legitimar por el matrimonio subsiguiente, porque en realidad no dice Sarmiento que no se ha de ampliar el favor de la legitimacion porque hayan sido concebidos en pecado, sino porque el pecado en que han sido concebidos es de tal naturaleza y gravedad que no admite la indulgencia que se concede á otros de menor entidad, y asi nada tiene de estraño que se dispense á la cópula entre solteros el favor que se niega a los adúlteros ó incestuosos, asi como es mayor pena la que imponen las leyes á estos dos delitos que á el primero.

34 Para dar á esta materia toda la claridad apetecible, á fin de que puedan fácilmente conciliarse varias leyes que parece estan en una manifiesta contradiccion entre sí, convendrá hacer un breve resúmen histórico-cronológico del orígen, progresos y ultimo estado que tuvo por las leyes hábiles la legitimacion de los hijos por el subsiguiente matrimonio, lo que en cierto modo aprovechará para la mejor inteligencia de la presente ley de Toro, por la que me prometo que mis lectores disimularan esta corta digresion, pero instructiva.

35 Ni en todo el tiempo de la república romana, ni en los tres primeros siglos en que se convirtió en monárquico el gobierno republicano, se encuentra el menor vestigio en las leyes de la legitimidad de los hijos por el subsiguiente matrimonio, y asi regía constantemente la máxima y regla de que solo fueran legítimos aquellos hijos que habian sido concebidos de legítimo matrimonio. Dan testimonio de esta verdad la ley 11, ff. *de statu hominum*, la 65, § 10 *de ritu nuptiarum*, y la 6.ª capítulo *de nuptiis*: las dos primeras del jurisconsulto Paulo, y la tercera del Emperador Gordiano, todas tres del siglo III del Imperio, y convienen en que para que el hijo sea legítimo ha de haber sido concebido y nacido de legítimo y justo matrimonio, esto es, no prohibido por las leyes.

36 Aunque Ulpiano en el tít. 5.º, § 11 en sus fragmentos fue de dictámen de que bastaba para que el hijo fuera legítimo que al tiempo del parto fuese el matrimonio justo y legítimo, sin atender al tiempo de la concepcion, á ejemplo de lo que sucede acerca del estado de libertad, sin embargo prevaleció la opinion del jurisconsulto Paulo, que exigia los dos tiempos de la concepcion y nacimiento para la legitimidad de los hijos. De este principio se suscitó otra duda entre los jurisconsultos reducida á si el hijo que habia nacido de concubina en el séptimo mes despues de haber contraido el matrimonio con el padre, se debia presumir engendrado despues de contraido el matrimonio, y se resolvió, fundándose en la autoridad de Hipócrates, que el hijo se presumiera engendrado despues de contraido el matrimonio, segun se declara en la ley 12, ff. *de statu hominum*, que es del mismo jurisconsulto Paulo, y la misma doctrina del séptimo mes la admite el jurisconsulto Ulpiano para la libertad del hijo en la madre que habia parido ciento ochenta y dos dias despues de haber sido manumitída ó puesta en libertad, ley 3.ª §. 12, ff. *de suis, et legitimis heredibus*: cuya duda habria sido inútil y vana si en aquel tiempo se hubiera conocido la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, en virtud de la cual se hacen legítimos los hijos nacidos mucho tiempo antes de verificarse el matrimonio.

37 El grande emperador Constantino, que subió al trono del Imperio á principios del siglo IV, fue el primero que alterando la antigua jurisprudencia en este punto, dispuso que los hijos nacidos de concubina que fuese ingénua ó libre se hicieran legítimos si el padre de ellos contraía un justo matrimonio con la madre, segun lo afirma el Emperador Zenon en la ley 5.ª, capítulo *de naturalibus liberis*, siendo de presumir que el fin que se propuso en esta ley el Emperador Constantino fue abolir del todo ó disminuir en mucha parte el concubinato, tan contrario á la religion cristiana que profesaba, cuya presuncion está fundada en la misma disposicion de la ley,

la cual únicamente se dirigia al tiempo pasado, esto es, á los hijos que ya habian nacido, si los padres que actualmente vivian en concubinato al tiempo que se publicó esta ley contrajesen un legítimo y justo matrimonio, sin estender esta gracia á los que continuando en el concubinato tuvieran hijos, si despues contraian matrimonio los padres, porque entonces mas bien podia presumirse que la ley se dirigia á fomentar el concubinato que á destruirlo por este medio indirecto; habiendo procedido con tanta precaucion el Emperador Constantino, que no estendió su disposicion á los que actualmente vivian en concubinato y no habian tenido hijos; véanse sus palabras, que es el testimonio mas claro que se puede dar de la disposicion de la ley. "*Illi vero, qui tempore hujus sacratissimæ fussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio mœruerint, minime hujus legis benefitio perfruantur, cum liceat easdem mulieres sibi prius jure matrimonii copulare, non extantibus legitimis liberis, aut uxoribus &c. legitimos filios, utpote nuptiis præcedentibus, procreare, ne audeant quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut justi, ac legitimi postea videantur magnopere postulare.*"

38 Esta ley, cuya disposicion como hemos visto, se dirigia á legitimar los hijos ya procreados con el fin de separar del concubinato á los que actualmente vivian en él, y limitándola únicamente á los que no tuviesen hijos legítimos de otros matrimonios, la renovó el Emperador Zenon el año de 476 con el mismo espíritu que su predecesor Constantino en la ley 5.ª citada del capítulo; de que debe inferirse que despues de la muerte del Emperador Constantino, si es que por aquel tiempo hizo la ley de que vamos hablando, pues no consta la época de su publicacion hasta el año 476 en que la publicó de nuevo, y habian transcurrido ciento cuarenta años, no tuvo uso ninguno la legitimacion por el subsiguiente matrimonio.

39 Posteriormente el Emperador Anastasio en el año de 508 estendió por primera vez la legitimacion por subsiguiente matrimonio al tiempo venidero ó futuro, como consta de la ley 6.ª del mismo título; pero once años despues el Emperador Justino en el de 519 revocó la ley del Emperador Anastasio mandando que en lo sucesivo debieran todos estar entendidos que los hijos legítimos los habian de tener y procurar por legítimos matrimonios, segun se espresa en la ley 7.ª del mimo título, cuyas palabras son las siguientes: "*In posterum sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quærendam, ac si prædicta constitutio lata non esset.*" Con cuya disposicion abolió enteramente la legitimacion por el subsiguiente matrimonio.

40 Diez años despues en el de 529 publicó el Emperador Justiniano la ley que se inserta en la 10 del mismo título, por la que, ó no teniendo presente el fin que se habian propuesto sus antecesores de estinguir ó disminuir el concubinato, ó menos enemigo de él, estableció por punto general que cualquiera que tuviese hijos de concubina que fuese libre, y le estuviera permitido casarse con ella, pudiera legitimar los hijos antes procreados contrayendo matrimonio con la misma mediante los instrumentos nupciales, y que tanto los hijos nacidos antes del matrimonio como los procreados despues fueran iguales en la division de la herencia de sus padres, por cuya ley perpetuó para lo sucesivo la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, y se consideró desde entonces como uno de los modos de adquirir la patria potestad.

41 Posteriormente habiendo ocurrido la duda de si para que los hijos nacidos antes del matrimonio se hiciesen legítimos, habian de tener los padres hijos de aquel matrimonio, ó muriesen antes que sus padres, no debian reputarse por legítimos los anteriormente nacidos, declaró el mismo Emperador Justiniano en la ley 11 del citado título, y se publicó en el de 530, que bastaba hubiesen contraido los padres matrimonio con las solemnidades prescritas con esperanzas de tener aun mas hijos, aunque no se verificase, para que los hijos anteriormente procreados se considerasen legítimos, sin que este accidente fortuito les causase perjuicio. Tambien declaró que si hubiese concebido la concubina antes de verificarse el matrimonio, y despues de verificado diese á luz algun hijo ó hija, naceria legítimo y quedaria sujeto á los derechos de la patria potestad, y seria heredero tanto abintestato como ex testamento.

42 Ultimamente, queriendo fijar una regla para quitar la variedad con que se opinaba en los casos que ocurrian en esta

materia, declaró por punto general que en las dudas que se suscitasen acerca del estado de los hijos no se atendiese al tiempo de la concepcion sino del nacimiento; lo que dice dispone en favor de los hijos, esceptuando de la regla aquellos casos en que sea mas útil á los hijos, que se atienda al tiempo de la concepcion que del nacimiento.

43 No satisfecho Justiniano con las declaraciones que habia hecho en esta última ley, hizo aun otras en lo sucesivo estendiendo la legitimacion por el subsiguiente matrimonio al caso en que los padres tuviesen hijos legítimos nacidos de algun matrimonio anterior, como se ve en el capítulo 4.º de la novela 12. Tambien dispuso que la legitimacion alcanzase á los hijos de concubina sierva que despues de manumitida casase con el padre, segun el capítulo 11 de la novela 18, con lo que quedó derogada en esta parte la ley 10 que se ha citado. Estas declaraciones las volvió á confirmar en las novelas 19 y 78, en la que añadió en el cap. 4.º que bastaba haber contraido matrimonio con la concubina sierva despues de manumitida para que los hijos nacidos en el concubinato se entendiesen libres y legítimos sin necesidad de una espresa manumision, y últimamente en el capít. 8.º de la novela 89 hizo un epílogo ó resúmen de todas sus anteriores disposiciones acerca de la legitimidad de los hijos habidos de concubina por el subsiguiente matrimonio con la misma.

44 Manifestado ya en esta sucinta relacion el orígen, progresos y último estado en que quedó por las leyes de Justiniano la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, sobre que podrá consultarse á Cujacio en la esposicion de la novela 12; Antonio Perez en el C. *de naturalibus liberis*, Heineccio en el lib. 2.º, tít. 4.º, núm. 5.º de su comentario á las leyes Julia, y Papia Popea, y á Berardi en el tomo III de su obra, *jus canonicum universum*, *disert.* 6.ª, *quest.* 2.ª, corresponde ahora hacerme cargo de la regla que establece Justiniano en la ley 11 citada, y repite en el cap. 8.º de la novela 89, reducida á que en las cuestiones acerca del estado de los hijos se atienda á la condicion de los padres al tiempo del nacimiento, y no al de la concepcion, á no ser que les sea mas favorable lo contrario.

45 Como en esta regla pone el único ó principal fundamento de su opinion don Francisco Amaya, admirándose de que los intérpretes se hayan dividido en ella estando espresamente resuelta en la citada ley, será bien tener á la vista sus palabras para mayor claridad y evitar equivocaciones; son las siguientes: "*Et generaliter definimus, et quod super hujusmodi casibus variabatur, definitione certa concludimus, ut semper in hujusmodi questionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur; et hoc favore facimus liberorum, ut editionibus tempus statuamus esse inspectandum: exceptis his tantum modo casibus, in quibus conceptionem magis aprobari, infantium conditionis utilitas expostulat.*" Por ellas se ve con la mayor claridad que el fin que se propuso Justiniano estableciendo dicha regla fue cortar y quitar á los jurisconsultos la arbitrariedad ó variedad con que opinaban acerca de la legitimidad de los hijos en los varios casos que ocurrian.

46 Pregúntese ahora á Amaya si se encuentra el menor vestigio en las leyes anteriores á Justiniano, ni en las suyas, de que se suscitase duda entre los jurisconsultos acerca de si el hijo concebido en adulterio podia legitimarse por el subsiguiente matrimonio: si este autor estuviera en estado de responder á esta pregunta eligiria antes el partido de callar que de afirmar una cosa que en realidad seria una heregía legal, é imposible de encontrar apoyo en ninguna ley del derecho romano. Bastaba solo para convencerse de esta verdad haber tenido presente la ley única C. *de concubinis*, en que se prohibe á todo hombre casado poder tener concubina; de que se infiere con mucha mayor razon, que la muger casada no podia ser concubina de ningun hombre soltero. He dicho con mayor razon, por la duda y obscuridad que entonces habria acerca del verdadero padre de la prole; y para que no se crea que esta disposicion del Emperador Constantino era de derecho moderno, declaró el Emperador Justiniano en la ley 3.ª *communia de manumiss.*, que en todos tiempos se habia observado lo mismo: véanse sus palabras. "*Hominibus, etenim, uxores habentibus concubinas, vel libertas, vel ancillas habere nec antigua jura, nec nostra concedunt:*" y si fuera permitido el que la muger casada fuera concubina de un soltero, no se diria que el concubinato era una union lícita,

aunque no legítima, como lo definen los jurisconsultos, y especialmente Justiniano en la ley 5.ª C. *ad senatum-consultum Orficianum*, le llama costumbre lícita; lo que debe entenderse en el sentido legal y no moral.

47 No hay, pues, medio entre uno de estos dos estremos, ó la muger casada ha de poder ser concubina de un hombre soltero, ó la opinion de Amaya es manifiestamente falsa: lo primero lo repugnan las leyes y la razon; con que es necesario convenir y reconocer lo segundo. He dicho que no pudiendo ser concubina la muger casada era manifiestamente falsa la opinion de Amaya, porque segun esta, basta que los padres tengan aptitud para casarse al tiempo del nacimiento del hijo, aunque no la tuvieran al tiempo de la concepcion, y era componible que concebido un hijo de adulterio, naciese en tiempo en que por haber muerto el marido de la adúltera estaba esta hábil para casarse con el concubinario, por verificarse lo dispuesto por el Emperador Justiniano en la ley 11 citada, segun la inteligencia que le pretende dar Amaya.

48 Tan lejos estaba de que pudiese suscitarse duda de si los hijos concebidos de adulterio podian legitimarse por el subsiguiente matrimonio de los padres, que las mismas leyes oponian un obstáculo insuperable para esta union. La ley Julia, formada y publicada por el Emperador Augusto para convenir y castigar este enorme delito, imponia pena de destierro ó deportacion á una isla á la adúltera, sin otras penas pecuniarias, lib. 2.º, tít. 26, §. 12, *sent. recept.* del jurisconsulto Paulo. Constantino Magno exacerbó esta pena estendiéndola á capital, último suplicio, segun la ley 30, §. 1.º, C. *ad legem Juliam de adult.*; y Justiniano, mitigando la severidad de la ley de Constantino, dispuso en el capít. 10 de la novela 134 que la adúltera despues de azotada fuese recluida en un monasterio, y si dentro de dos años no la reclamaba su marido, se le cortase el pelo, y tomando el hábito de religiosa permaneciese toda su vida en reclusion. Agréguese á esto lo que se ha referido antes con arreglo á las leyes que previenen las cualidades que habian de tener las concubinas, como de ser una sola y vivir social y continuamente en una misma casa con el concubinario, y véase si es compatible esta union y vida social de la concubina con las penas que le imponian las leyes por su delito, las que igualmente comprendian al cómplice en el mismo. Tambien se seguiria que la ley Julia, á quien llamó Augusto *de adult. cohercendis*, deberia decirse mas bien *de adulteriis propagandis*, si por medio de concubinato se ponian á cubierto de las penas de la ley los reos de este delito.

49 Para dar, si cabe, una prueba mas relevante de la falsedad de la opinion de Amaya, basta tener á la vista lo que el mismo Justiniano ordena en la ley 10 y 11, tantas veces citadas: en una y otra espresando las cualidades que ha de tener la muger que se reciba por concubina, exige por requisito indispensable que no le esté prohibido contraer matrimonio: ¿puede hallarse esta cualidad ó aptitud en una muger casada? Acaso se pretenderá decir, para sostener el error, que la aptitud de poder contraer matrimonio no la requiere la ley en la muger al tiempo de ser recibida por concubina, sino que basta que la tenga al tiempo del parto por la regla establecida por el mismo Justiniano en la ley 11 de que en las cuestiones del estado de los hijos se atienda al tiempo del parto y no de la concepcion; pero contra esto obra la ley 10, anterior á la 11, en que se estableció la citada regla, y sin embargo pide Justiniano la aptitud de la muger para casarse, la que no podia entenderse entonces de otro tiempo que del que era recibida en concubina, ni podia ser otra cosa porque la aptitud para contraer matrimonio habia de ser mútua y correlativa entre la concubina y el concubinario, y como este debia ser libre y apto para casarse al tiempo de dar principio al concubinato, como se deduce de la ley única C. *de concubinis*, y de la 3.ª C. *de comun. manumission.*, igual aptitud debia hallarse en la muger ó concubina al mismo tiempo.

50 Si por la regla establecida en la ley 11 se pretende sostener que basta la aptitud para contraer matrimonio en la muger al tiempo del parto, sin que sea necesario que la tenga al tiempo de la concepcion, ó de dar principio al concubinato, otro tanto deberia decirse del hombre ó concubinario, esto es, que aunque al principio del concubinato fuese casado ó no tuviese aptitud para contraer matrimonio, si al tiempo del parto de la concubina estaba ya espedito para casarse con ella, podia legitimar los hijos por el subsiguiente matrimonio, y de

consiguiente se habia de confesar que por la ley 11 se habia derogado la ley única C. *de concubinis*, que fue del Emperador Constantino Magno, que prohibe al hombre casado tener concubina, y tambien se habia de reconocer derogada la ley 3.ª ya citada, C. *de commun. manumiss.*, en que el mismo Emperador Justiniano afirma que á los hombres casados no les era permitido tener concubina, ni en lo antiguo ni en su tiempo, cuya ley es posterior en un año á la 11 del mismo Justiniano, y por lo tanto no puede ser derogada por esta. Si pues permanece la prohibicion de que el hombre casado pueda tener concubina despues de la resolucion de la ley 11, con mas justa razon, como ya se ha indicado arriba, se ha de suponer la prohibicion de que la muger casada pueda ser concubina.

51 La misma ley 10 presenta una prueba incontestable de la verdad que vamos probando: en ella se pide por requisito indispensable, copulativa y simultáneamente, que la muger que haya de ser concubina sea libre, ó no sierva, y que tenga aptitud para contraer matrimonio, de forma que una y otra cualidad quiere que intervengan á un mismo tiempo, porque las pide simultáneamente, como se ve por sus mismas palabras: "*Cum quis à muliere libera, et cujus matrimonium non est legibus interdictum, cujusque consuetudine gaudebat, aliquos liberos habuerit minime dotalibus instrumentis compositis, postea autem ex eadem affectione etiam ad nuptialia pervenerint instrumenta.*"

52 De las mismas tambien se evidencia que una y otra cualidad de libertad y de aptitud para el matrimonio se han de hallar en la muger al tiempo de dar principio al concubinato, pues supone que los hijos que se hayan procreado en él han de ser de muger libre y apta para contraer matrimonio, y que han de haber nacido antes de efectuarse este, como lo indican las palabras *minime dotalibus instrumentis compositis*; lo que junto con las reflexiones de que esta ley no estableció diferencia alguna entre el tiempo de la concepcion y del nacimiento, forma una prueba concluyente de que la libertad en la muger, y la aptitud para celebrar el matrimonio, la requiere la ley al tiempo de dar principio al concubinato.

53 Comprueba esta misma verdad el capít. 11 de la novela 18, en que habiéndose suscitado la duda de si la legitimacion por el subsiguente matrimonio, establecida por Justiniano en la ley 10 y siguiente, podia tener lugar cuando se elegia por concubina una muger liberta ó que habia sido sierva, declara el mismo Emperador que siendo cierto que no esté prohibido contraer matrimonio con las libertas, no debia ponerse en duda que estas estaban comprendidas en la disposicion de la ley 10, por donde se echa de ver que la razon de su declaracion la funda en la aptitud que se hallaba en las libertas de contraer matrimonio al tiempo de dar principio al concubinato.

54 Para mayor convencimiento de que la cualidad de libre ó de liberta la pedia Justiniano en la muger al tiempo de principiar el concubinato (lo mismo se ha de entender de la aptitud para casarse, pues ya queda manifestado que la libertad y la aptitud habian de ser simultáneas), resolvió y determinó por primera vez en la misma novela que la sierva pudiera ser concubina, y que se legitimasen los hijos por el subsiguiente matrimonio, dando antes libertad á la madre, y cumpliendo con las demas formalidades que alli previene; de que se infiere con la mayor claridad que la libertad en la muger que habia de ser concubina se requeria al tiempo de ser elegida para tal, pues á no ser asi era ocioso que Justiniano hubiese permitido en dicha novela que la sierva pudiese ser admitida por concubina, si ya por las leyes anteriores estaba concedida esta facultad. A mas de esto vemos por la misma novela, que habiéndose puesto en duda si la liberta podia ser concubina solo por haber sido sierva, aunque en realidad era ya libre, no se dudó de que la sierva no podia serlo, lo que ofrece una prueba nada equívoca del concepto general en que todos estaban de que la cualidad de sierva escluía é inhabilitaba para el concubinato.

55 Es digno de notarse que en el permiso ó facultad que concede Justiniano para que la sierva propia pueda recibirse en clase de concubina, no exige para que los hijos puedan legitimarse por el subsiguiente matrimonio que hayan nacido cuando la madre era ya libre, y de consiguiente estaba en aptitud para poder contraer matrimonio, sino que al contrario supone que los hijos nacieron cuando la madre aun era sierva, y consiguieron la libertad junta-

mente con ellas, en lo que se echa de ver que en este caso no podia tener lugar la regla establecida en la ley 11 de que en las dudas acerca del estado de los hijos se atendiese al tiempo del nacimiento, y caso que les fuese favorable, al de la concepcion; pues en uno y otro tiempo los hijos habian sido engendrados y nacidos cuando los padres no tenian aptitud para contraer matrimonio, por ser la madre sierva, á causa de que segun la decision del Emperador Constantino en la ley 3.ª C. *de incest. nuptiis*, las siervas eran inhábiles para contraer matrimonio, y lo mismo se observaba en tiempo de Justiniano, como se ha visto en la citada novela 18, en que para poder casarse el señor con la concubina sierva, le habia de dar primero la libertad, y otro tanto se repite en el capít. 4.º de la novela 78; y á pesar de todo esto los hijos engendrados y nacidos de padres inhábiles para contraer matrimonio, al tiempo de la concepcion y del parto se hacian legítimos por el subsiguiente matrimonio, lo que ofrece un claro convencimiento de que la regla de la ley 11 ó no se hizo para la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, como voy á manifestar, ó la dispensó Justiniano en el caso de la novela 18.

56 Para venir en conocimiento del fin que se propuso Justiniano en la regla que establecio en la ley 11, que fue el desterrar y quitar la variedad con que se opinaba en diversos casos, de que hablaban los jurisconsultos en algunas leyes, fijó la regla de que se atendiese al tiempo del nacimiento. Hemos visto que en la ley 11, ff. *de statu hominum*, el jurisconsulto Paulo opinaba que el hijo concebido de un matrimonio que no habia tenido la aprobacion paterna nacia ilegítimo, aunque al tiempo del parto ya se hubiese legitimado el matrimonio. El jurisconsulto Ulpiano sostenia lo contrario en el tít. 5.º, §. 11 de sus fragmentos, á ejemplo de lo que se observaba acerca de la libertad. Esta es una de las variedades que quitó el Emperador Justiniano con su regla, aboliendo la opinion del jurisconsulto Paulo, que era de dictámen que el hijo nacido de un matrimonio justo no fuese legítimo, porque al tiempo de la concepcion no era legítimo y justo el matrimonio.

57 Siguiendo la opinion del jurisconsulto Paulo, se resolvió por la ley 65, §. 1.º, ff. *de ritu nupt.*, y la 6.ª C. *de nuptiis*, que los hijos engendrados en un matrimonio ilegítimo reprobado por las leyes, por haberse contraido con muger de la provincia en que el padre ejercia empleo público, no eran legítimos, aunque naciesen despues de haberse legitimado el matrimonio por haber cesado el padre en el empleo, permaneciendo en la misma voluntad. Otro tanto debia decirse de los hijos de un senador que habia casado con una liberta, aunque naciesen despues de haber cesado el padre en la dignidad y héchose legítimo el matrimonio, porque á los senadores les estaba prohibido contraer matrimonio con las libertas, ley 27 y 31, ff. *de ritu nuptiarum*. Todas estas legales decisiones quedaron derogadas por la regla establecida por Justiniano, que ordenó se atendiese al tiempo del parto para regular el estado de los hijos.

58 Tambien quedó abolida por la misma regla la resolucion ó presuncion en que se fundaban las leyes 12, ff. *de statu hominum*, y 3.ª, §. 12, ff. *de suis, et legitimis heredibus*, para suponer que los nacidos, entrado el séptimo mes despues de legitimado el matrimonio, se debian presumir engendrados de matrimonio justo y legal. Dió fundamento á esta decision, que llamaban los jurisconsultos del séptimo mes, la autoridad del célebre médico Hipócrates, segun lo espresan las mismas leyes, que fue de opinion que el parto al séptimo mes era legítimo, y los que nacian en este periodo de tiempo de un matrimonio contraido segun las leyes debian tenerse por legítimos, esto es, presumirse engendrados despues de que el matrimonio, que al principio era ilegal, se hizo justo y legítimo, ó por el consentimiento del padre del que lo contrajo sin su voluntad, siendo hijo de familias, ó por haber cesado en el empleo de la provincia el que casó con muger provincial, ó por haber perdido la dignidad de senador el que casó con liberta, de forma que despues de establecida la regla de Justiniano, cesó la cuestion del séptimo mes, en términos, que aunque el hijo naciese un dia despues de haberse legitimado el matrimonio, nacia y se reputaba legítimo.

59 Esta es la verdadera y genuina esposicion de la decantada regla de Justiniano en la ley 11; de que se infiere con la mayor claridad que su resolucion únicamente es aplicable á los casos que que-

dan espresados de matrimonios celebrados contra la prohibicion de las leyes, y en ninguna manera es adaptable á los hijos engendrados en concubinato, pues como se ha manifestado arriba, la muger que se elegia por concubina habia de ser de estado libre y apta para contraer matrimonio, como á mas de las leyes ya citadas en esta razon lo persuade en términos espresos el §. 13, *instit. de nuptiis*, y el capit. 4.º de la novela 12, ambas posteriores en tiempo á la citada ley 11 de Justiniano.

60 Ni para la legitimacion por el subsiguiente matrimonio era necesario que los hijos engendrados en concubinato naciesen despues de haber contraido matrimonio los padres, antes bien por el contrario la legitimacion por el subsiguiente matrimonio supone que han nacido antes de celebrarse este, y solo puede tener lugar en los hijos engendrados y nacidos antes de casarse sus padres, como se convence asi de la ley del Emperador Constantino, que fue el primero que estableció, como se ha visto, la legitimacion por el subsiguiente matrimonio para los hijos nacidos de concubina, limitándola á lo pasado y no estendiéndola á lo futuro, como de las demas leyes posteriores publicadas en esta materia hasta las últimas de Justiniano, á mas de que si solo se legitimára el hijo que nacia despues de casados los padres, los hijos anteriormente nacidos no podrian gozar de este beneficio, ni el hijo nacido despues de casados los padres podria llamarse legitimado por el subsiguiente matrimonio, porque el legitimado se supone que antes ha sido ilegítimo, asi como el liberto se supone que antes ha sido siervo; y el mismo Emperador Justiniano declara en términos espresos en la referida ley 11, que el hijo engendrado en concubinato y nacido despues de haber contraido matrimonio sus padres es legítimo, y entra desde que nace en la patria potestad, lo que convence que ni ha sido ni ha podido ser antes ilegítimo porque no ha existido.

61 Reflexiónese tambien que Justiniano en su regla para que en las dudas del estado de los hijos se atienda al tiempo del parto y no de la concepcion, dice espresamente que la establece en favor de los hijos; "*et hoc favore facimus liberorum, ut editionis tempus statuamus esse inspectandum*," y tan lejos estaba de ser dicha regla favorable á los hijos engendrados en concubinato, que antes les era conocidamente dañosa y perjudicial, porque en la suposicion de que los padres habian de ser hábiles para contraer matrimonio al dar principio al concubinato, como se ha demostrado arriba, ninguna necesidad tenian los hijos engendrados de concubina, ni se les hacia el menor favor en que se les fijase el tiempo del nacimiento para regular el estado que se les habia de dar, teniendo ya antes un tiempo cierto y seguro, cual era el de la concepcion, en que sus padres estaban hábiles y espeditos para celebrar el matrimonio, y antes podria seguírseles perjuicio de lo contrario, como sucederia en el caso de que una concubina despues de haber concebido casase con otro, lo que se le permitia por la ley 1.ª, ff. *de concubinis*, y constante matrimonio naciese el engendrado en el concubinato, en cuyo caso si se atendia al tiempo del parto no podian casarse los padres, y de consiguiente el hijo quedaria ilegítimo, aunque despues de muerto el marido de la que fue concubina contrajesen matrimonio los padres.

62 Si se para la consideracion en lo que dice Justiniano de que por el tiempo del parto se regule el estado de los hijos, se echará de ver que habla de un estado fijo y permanente que han de tener y gozar en lo sucesivo; y el que nace de concubina antes de casarse sus padres nada menos consigue que un estado fijo y permanente que le habia de aprovechar en lo sucesivo, pues tan ilegítimo nace y queda teniendo sus padres aptitud para casarse como si no la tuviesen, y por lo tanto era forzoso decir que la regla establecida por Justiniano para regular el estado de los hijos era absolutamente inútil, y para nada servia menos que para el fin que se habia propuesto; lo que ofrece un nuevo convencimiento de que la regla de Justiniano solo se dirigió á los casos arriba mencionados, de que los hijos engendrados en un matrimonio prohibido por las leyes, y nacidos cuando ya se habia hecho justo y legal, se tuviesen por legítimos, que era el estado fijo y permanente de que habian de gozar en lo sucesivo.

63 Siguiendo esta misma regla ó máxima, estableció como principio legal y constante en el § 3.º, *Instit. de patria potestate*, que el nacido de marido y muger legítima, ó lo que es lo mismo de matrimonio aprobado por las leyes, estaba sujeto á la

patria potestad: "*qui igitur ex te, et uxore tua nascitur, in tua potestate est*;" por cuyas palabras se ve que generalmente y sin escepcion ni limitacion alguna quiere que el que nace de matrimonio justo y aprobado por las leyes esté bajo la patria potestad, que equivale á ser hijo legítimo y gozar de los derechos que por esta cualidad le corresponden.

64 Como indica Justiniano que siempre que le sea al hijo mas favorable el tiempo de la concepcion que del parto se atienda al primero, conviene advertir que estos casos son los que se espresan en la ley 5.ª, §. 2.º y 3.º ff. *de statu hominum*, donde hablando acerca de la libertad, se dispone que en cualquier tiempo de la concepcion ó del parto, ó en el intermedio de uno y otro, que la madre haya sido libre lo será tambien el hijo, lo que repite Justiniano en el §. inicial *de ingenuis*, de las Instituciones: en la ley 7.ª, §. 1.º ff. *de Senat.* se declara tambien que el concebido cuando el padre era senador, aunque nazca despues de haber perdido la dignidad senatoria, se considera y reputa hijo de senador. De lo dispuesto en estas leyes se deduce é infiere que por la limitacion ó escepcion que puso Justiniano á las reglas de la ley 11, no tanto concedió á los hijos un nuevo y peculiar derecho, cuanto les conservó el que ya antes tenian y disfrutaban.

65 Podrá acaso decirse contra la aptitud de contraer matrimonio que debe tener la muger que se elige por concubina, que tan lejos está de ser dicha cualidad un requisito esencial del concubinato, que antes bien en el capít. 4.º de la ley Julia y Papia se estableció todo lo contrario, como consta del fragmento de Ulpiano, que copia Heineccio en el lib. 2.º, capít. 4.º, número 2.º de su Comentario á la espresada ley; dice asi: "*quas personas per hanc legem uxores habere non licet, eas concubinas habere jus esto*," de que se convence que las mugeres que eran elegidas por concubinas habian de tener la cualidad de no poderse casar con aquel de quien eran concubinas; pero á pesar de esto debe decirse que el fragmento de Ulpiano no se opone á la doctrina anteriormente establecida, atendidas las circunstancias de los tiempos.

66 La ley Julia y Papia, como todos saben, se formó en tiempo de Augusto, que fue el primero que permitió y toleró el concubinato, pues antes, como observa Heineccio citando varios testimonios antiguos, los nombres *amica, pellex et concubina* eran sinónimos ó significan lo mismo, aun, pues, no se conocia entonces la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, que debe su orígen, como se ha visto, al Emperador Constantino, y asi no debe estrañarse que siendo desconocida en tiempo de Augusto la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, no exijiese la aptitud de contraerlo al tiempo del concubinato, la que supuso virtualmente Constantino y sus sucesores hasta Justiniano, que espresamente la estableció como un requisito del concubinato en la ley 10, C. *de natural. liberis*, y las posteriores que publicó en esta razon.

67 Tampoco se deduce del fragmento de Ulpiano que á todas las mugeres á quienes se prohibia contraer matrimonio les fuese permitido ser concubinas por la ley Julia y Papia, infiriendo de esto que no pudiendo casarse la muger que en la actualidad lo era, estaba apta y espedita para ser concubina, pues á mas de que la ley se contrae a aquella clase de mugeres que por la misma no les era permitido contraer matrimonio con personas de cierta gerarquía, como era á los senadores y sus hijos con libertas, escénicas y otras, y á los que regentaban empleo en alguna provincia con mugeres naturales de ella, nunca la ley Julia y Papia prohibió, ni era necesario, que se casase la muger que ya lo estaba, y por lo tanto en la prohibicion de que pudieran ser concubinas las que tenian aptitud para casarse, ó mas bien que las que carecian de esta aptitud únicamente pudieran ser concubinas, no comprendió á las mugeres casadas.

68 Eran varias las prohibiciones de esta especie; en unas se prohibia el casamiento, no la cópula, como se ve en los diversos casos que comprende este fragmento de Ulpiano, en otras se prohibia la cópula y no el matrimonio, segun se echa de ver en la ley 1.ª, §. 1.º, ff. *de concubinis*, en que se prohibe puedan ser concubinas aquellas con quienes se comete estupro, cuales son la vírgen y viuda que viven honestamente, segun el §. 4.º, *instit. de pub. jud.*, con las que no estaba prohibido contraer matrimonio, y finalmente otras en que se prohibia tanto el matrimonio como la cópula, como se verificaba en las mugeres casadas y vírgenes vestales.

69 Si por la citada ley 1.ª, §. 1.º, ff. *de concubinis*, estaba prohibido tener por concubina á la vírgen ó viuda honesta, á no ser que precedieran los requisitos prevenidos en la ley 3.ª del mismo título, ¿podrá nadie persuadirse que sea de sano juicio habia de ser permitido y tolerado que la muger casada fuese concubina, ó lo que es lo mismo, viviese en un continuo adulterio, estando este crímen tan rigorosa y gravemente prohibido por todas las leyes de los dos títulos del ff. y del C. *ad legem Juliam de adulteris*? Si este delito aun siendo privado y oculto se castigaba con tanto rigor y severidad como indican las mismas leyes, ¿se hará creible que lo disimulasen y tolerasen cuando era público, notorio y manifiesto á todos viviendo la muger casada en concubinato?

70 Omito alegar el impedimento que las mismas leyes civiles establecian entre los adúlteros para poder contraer matrimonio aun despues de la muerte de sus respectivos consortes, si ambos ó alguno de ellos habian sido acusados y condenados de adulterio, como se ve en la ley 13, ff. *de his, quo ut indignis auf.*, en donde se contiene la consulta que Claudio Seleuco, hizo al célebre Papiniano concebida en estos términos: Mevio, condenado por haber cometido adulterio con Sempronia, que no habia sido condenada de aquel delito, se casó con ella, y en su testamento la dejó por heredera, en cuyo caso se deseaba saber si el matrimonio era justo y legítimo, y la muger debia ser admitida á la herencia; á cuya consulta respondió Papiniano que ni semejante matrimonio era válido, ni pertenecia la herencia á la muger, y lo mismo dispuso el Emperador Justiniano en el capít. 12 de la novela 134, donde espresamente declara nulos é írritos los matrimonios de los que han sido condenados de adulterio; lo que ofrece un estorbo insuperable para legitimarse por el subsiguiente matrimonio los hijos concebidos de adulterio, á no ser que se pretenda que la legitimacion producia todo su efecto aunque el matrimonio fuera írrito y reprobado por las leyes.

71 Disipadas ya las razones en que funda Amaya su opinion, y disueltos los demas argumentos que pueden alegarse contra la nuestra, debe tenerse por principios ciertos y constantes en la materia que la concubina ha de ser única, libre y apta para contraer matrimonio, y que viva en la misma casa con el concubinario, cuyos hijos son y se llaman naturales; objeto único de la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, segun los fundamentos inconcusos que se han alegado del derecho civil hasta la época del Emperador Justiniano inclusivamente, en cuyo estado permaneció sin variacion esta jurisprudencia hasta fines del siglo XII, en que el Pontífice Alejandro III estendió la legitimacion por el subsiguiente matrimonio á los hijos concebidos de estupro, como consta del cap. 1.º de la D. *qui filii sint legitimi*, cuya disposicion, segun observa Berardi en la cuestion 2.ª á este título, §. *jam vero*, tuvo por objeto manifestar que no era menos reprensible el concubinato que el estupro para que no se le concediera á este igual favor que se le dispensaba á aquel; de que infiere igualmente que por ser el adulterio é incesto delitos de mucha mayor gravedad que el concubinato y estupro no se estendió á ellos el beneficio de la legitimacion, y asi los hijos concebidos de adulterio ó incesto quedaron escluidos de poderse legitimar por el subsiguiente matrimonio, segun el cap. 4.º y 10 *qui filii sint legitimi*; y lo mismo se indica en cuanto á los hijos concebidos de adulterio en el capítulo 13, y con mas espresion en el capítulo 6.º del mismo título, en que general y absolutamente y sin distincion de tiempos, declaró Alejando III que el concebido de adulterio, aunque despues de la muerte de la muger del adúltero contrajesen matrimonio sus padres, el hijo quedaba espurio, y debia ser escluido de la herencia paterna.

72 Nuestro derecho real de partidas siguió y se conformó con la disposicion del derecho civil y canónico en cuanto á la legitimacion de los hijos por el subsiguiente matrimonio, admitiéndola por la ley 1.ª, tít. 13, partida 4.ª en los hijos concebidos y nacidos de concubina ó barragana, y aun se esplicó con mas claridad y espresion que el capítulo 6.º, *qui filii sint legitimi*, acerca de los hijos concebidos de adulterio, porque afirmando que estos permanecian ilegítimos aun despues que contrajesen matrimonio sus padres removido el impedimento, pasa en la ley 2.ª, tít. 15 de la misma partida á espresar el fundamento de esta resolucion, y dice es "porque fueron fechos en adulterio;" y como esta razon

subsiste y se verifica, tanto en el caso que los padres tuviesen aptitud para casarse al tiempo del parto, como en el de que careciesen de ella, se infiere que en uno y otro caso quiso la ley que los hijos concebidos de adulterio fuesen inhábiles é incapaces de legitimarse por el subsiguiente matrimonio.

73. No es menos terminante y decisiva en la materia la ley 8.ª, tít. 13, partida 6.ª, la que señalando las cualidades que han de concurrir en el hijo natural, dice que ha de ser de muger que no hubiese duda que la tenia el padre por suya, y que sea engendrado en tiempo "que él no oviese muger legítima, ni ella otrosi marido," cuya disposicion escluye del modo mas terminante de poder ser hijo natural al engendrado de adulterio, bien sea de parte de padre ó madre. A pesar de una decision tan concreta y terminante contra la opinion del señor Covarrubias y Amaya, que se contentan con que al tiempo del parto tuvieren los padres aptitud para casarse, pretende el primero de estos escritores en el número 2.º, §. 2.º del citado capítulo 8.º que se ha de entender que habla dicha ley alternativamente del tiempo de la concepcion ó del nacimiento; esposicion bien agena de esperarse del consumado juicio de su autor, y que manifiesta hasta qué punto arrastra la fuerza de la opinion y autoridad de los doctores, aun á los hombres del mayor talento y de la mas estensa instruccion; por lo que no sin razon dijo Decio en el consejo 499, hablando de la fuerza de la opinion y de la facilidad con que se abrazan los agenos dictámenes, "*Doctores nostri aves imitantur, quia una volante, cæteras inconsulto sequuntur*. Si esto es esplicar y declarar las leyes, ¿á qué se ha de llamar forzarlas y violentarlas?

74 Mas fundada parece otra duda, que aunque no pertenece directamente á la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, ni á la resolucion de la presente ley de Toro acerca de los hijos naturales, tiene mucha analogía con una y otra materia, y por lo mismo conviene examinarla y resolverla separadamente.

75 Se reduce pues á saber si el concebido de adulterio y nacido cuando sus padres habian contraido matrimonio debe considerarse como hijo legitimado ó natural, y en mi concepto ni es lo uno ni lo otro: no es legitimado por el subsiguiente matrimonio, porqe esta legitimacion supone que el matrimonio ha sido posterior al nacimiento, por cuya razon se llama subsiguiente, y en el caso de la disputa el matrimonio de los padres no ha sido subsiguiente, sino precedente y anterior al nacimiento del hijo, á que se aumenta que este antes de nacer no podia ser ilegítimo, y de consiguiente ni entenderse legitimado por el matrimonio de sus padres, que precedió al nacimiento, pues como ya se dijo arriba, el legitimado supone que antes ha sido ilegítimo, asi como el liberto ó libertino envuelve en sí el concepto de haber sido siervo; con que no pudiendo reputarse por ilegítimo antes de nacer el hijo, mal podria atribuírsele la cualidad de legitimado en el mismo estado de no haber salido á luz.

76 Tampoco este hijo puede tenerse por natural atendida la disposicion de la presente ley de Toro, porque segun ella, para que los hijos sean naturales, sus padres han de tener aptitud para casarse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, cuya aptitud supone que en ninguno de los espresados tiempos han de estar casados, y por tanto el hijo nacido despues que los padres han contraido matrimonio no pertenece á la resolucion de la presente ley, y de consiguiente no puede reputarse por natural.

77 Supuesta la verdad y solidez de esta doctrina, que á mi parecer es incontestable, resta ver qué estado ó cualidad le corresponde y debe asignarse al hijo de que hablamos, y segun mi dictámen debe tenerse y reputarse por legítimo, asi por el derecho civil como por el real, sin que ni uno ni otro se halle derogado por el canónico. En la ley 4.ª, ff. *de his qui sui &c.*, y en el §. 3.º, *Institut. de patria potestate*, se resuelve en términos espresos que el que nace de marido y muger, ó lo que es lo mismo, de matrimonio legítimo, entra en aquel punto en la patria potestad, que equivale á ser hijo legítimo; y Justiniano en las tantas veces citada ley 11, C. *de naturalibus liberis*, resuelve clara y terminantemente que el concebido en concubinato y nacido despues que los padres han contraido matrimonio nace hijo justo del padre, que legalmente hablando es hijo legítimo, entra en su potestad y adquiere los derechos de heredero ex testamento y abintestato.

78 Es tan análogo este caso y concreto al de la disputa, que no cabe una semejanza mayor y mas adecuada: en uno y otro el hijo respectivamente ha sido concebido fuera de matrimonio y nacido cuando los padres ya estaban casados, y sin embargo dice el Emperador que el hijo de que habla nace legítimo y adquiere desde el instante de su nacimiento los derechos de legitimidad; con que precisamente debe decirse otro tanto en el caso de la disputa, pues si en el un caso basta el matrimonio precedente para hacer que el hijo naciese legítimo, no hay ninguna razon para negar al matrimonio precedente igual virtud y eficacia en el caso de que hablamos.

79 La regla que el mismo Justiniano estableció en la citada ley 11 es una confirmacion de esta verdad: en ella ordenó que para regular el estado de los hijos se atendiese al tiempo del nacimiento, cuya regla, como hemos dicho arriba, es solo aplicable al caso en que el nacimiento haya sido subsiguiente al matrimonio y no al contrario en que el matrimonio haya sido posterior en tiempo al nacimiento.

80 Nuestro derecho real de las partidas siguiendo como tiene de costumbre las disposiciones del civil, ordena en la ley 1.ª, tít. 13, partida 4.ª, que deben ser llamados hijos legítimos los que nacen de padre y madre que son casados verdaderamente, segun manda la santa madre Iglesia; y conformándose con esta disposicion la ley 12 de las de Toro, llama hijo ó descendiente legítimo al que ha nacido de legítimo matrimonio; verificándose pues en el hijo del que vamos hablando haber nacido de legítimo matrimonio, no hay el menor fundamento legal para privarle de la cualidad de legítimo, sin embargo de que haya sido concebido de adulterio, porque dicha cualidad no la adquiere por la concepcion, sino por el nacimiento en virtud del matrimonio precedente.

81 He dicho que el derecho canónico no habia derogado las disposiciones del derecho civil en este punto, porque antes bien puede decirse sin nota de arbitrariedad que las ha continuado. En el cap. 5.º, *de desp. in pub.*, suponiendo el Pontífice Alejandro III que un matrimonio era válido, infiere y deduce por consecuencia que los hijos que nacen de él son legítimos, sin hacer distincion de si han sido concebidos antes de contraer el matrimonio.

82 Lo que se ha dicho del hijo engendrado de adulterio se ha de entender igualmente del concebido de incesto.

83 Habiendo espuesto el orígen, progresos y estado actual de la legitimacion por el subsiguiente matrimonio hasta el tiempo del Emperador Justiniano, y la estension que recibió la misma por el derecho canónico, y desembarazados de la dificultad que acaba de resolverse, cuyos puntos aunque no pertenecen directamente á la decision de la presente ley facilitan mucho su inteligencia, corresponde ahora continuar nuestro Comentario de la espresada ley de Toro.

84 Quiere esta que en uno de los dos tiempos de la concepcion ó nacimiento de los hijos puedan casarse sus padres justamente sin dispensacion. Casi todos los comentadores de las leyes de Toro han pasado por alto ó no se han detenido á esplicar el sentido de estas palabras: *poder casarse justamente sin dispensacion*, porque sin duda las han creido tan obvias y claras que no necesitaban esplicacion, ó acaso porque han temido poder atinar con la legítima y verdadera.

85 Cualquiera que haya sido la causa de este silencio, lo cierto es que de los autores que de intento han escrito Comentarios á las leyes de Toro, y han llegado á mis manos, solo Cervantes se propuso esponer las referidas palabras, y cita á Lara, é impugna la interpretacion que por incidencia les dió en el Comentario á la ley *si quis à liberis*, ff. *de agnoscend. liberis.*

86 Pretende Lara que en virtud de las referidas palabras el hijo habido de padres ligados con voto simple de castidad, ó con otro cualquier impedimento impediente, es natural, segun el sentido de la presente ley, que únicamente exige, á su parecer, que los padres puedan contraer matrimonio válidamente sin dispensa. Cervantes por el contrario afirma al número 144 de su Comentario á dicha ley que la palabra justamente equivale á lícitamente; de que infiere que el hijo procreado de padres que se hallan con impedimento impediente para celebrar matrimonio no puede decirse natural en sentido de la ley, porque los padres carecen de aptitud para contraer matrimonio sin dispensa; una y otra opinion, en mi concepto, tienen la desgracia de separarse de la letra y espíritu de la ley, como manifestaré despues que haya pro-

puesto los fundamentos en que estos autores apoyan su respectivo dictámen.

87 Lara se funda en que segun la ley, para que el hijo sea natural solo se requiere que los padres puedan contraer matrimonio justamente sin dispensa, lo que equivale á lícitamente celebrado, porque no se pueda disolver, como consta de los capítulos 4.º y 6.º *qui clerici, vel voventes*, y por el contrario los matrimonios celebrados con impedimento dirimente se dicen ilícitamente contraidos porque se disuelven, segun se espresa en el cap. 3.º *de divortiis*, por estas palabras: *tui oficii interest matrimonia illa adhibita gravitate disolvere, quæ illicite contracta noscuntur*; de que infiere que los padres ligados con voto simple de castidad puedan contraer matrimonio sin dispensa.

88 En confirmacion de este argumenso se vale de la ley 5.ª, tít. 19, part. 4.ª, que declara que los hijos de las mugeres que manifiestamente tienen los hombres por amigas son naturales, y esceptúa únicamente los casos de que haya entre los padres impedimento dirimente, por estas palabras: "no habiendo entre ellos embargo de parentesco, ó de órden, de religion ó de casamiento," de que infiere Lara que el impedimento impediente en los padres no estorba que el hijo sea natural, segun la presente ley.

89 Los fundamentos de la opinion de Cervantes se reducen á que el que contrae matrimonio estando ligado con voto simple de castidad peca gravemente, segun se infiere del cap. 6.º *qui clerici, vel voventes*, y en este caso ni se puede decir que justamente puede contraer matrimonio, ni tampoco que es soltero en sentencia de Navarro en el Manual reformado, cap. 16, número 3.º; y de consiguiente infiere que el hijo no podrá decirse natural en el sentido de la ley faltando en el padre la cualidad de soltero. Alega tambien las siguientes palabras de la ley: "cuando al tiempo que fueron concebidos podian casar;" en donde reflexiona que no dice podian estar casados, que es lo que se concede á los que solo tienen impedimento impediente, sino que espresa, podian casar, para comprender en la prohibicion el caso de que no tuvieran aptitud para poder contraer lícitamente matrimonio.

90 Estas son las razones en que cada uno de los referidos autores apoya su opinion, las que descubrirán su poca solidez, al paso que yo proponga los fundamentos de la mia. Digo, pues, que la aptitud que exige la ley en los padres para que puedan casarse justamente sin dispensacion debe entenderse hablando legal y jurídicamente de la posibilidad que tengan los padres para contraer matrimonio con arreglo á las leyes, y sin contravenir á sus disposiciones, no pudiendo en modo alguno adaptarse esta posibilidad á la de contraer matrimonios válidos en el fuero esterno, aunque ilícitos en el interno, ni tampoco para escluir los de esta última especie, sino que la ley prescinde de que los matrimonios puedan ser válidos en el fuero esterno é ilícitos en el interno, sino que únicamente se contesta y pide que puedan celebrarse con arreglo á lo prevenido por las leyes.

91 El Emperador Justiniano en el §. inicial *de nuptiis*, de las instituciones, nos ha dejado el testimonio mas terminante y decisivo que pudiera desearse de nuestra opinion: establece en la definicion ó descripcion de los matrimonios justos, y dice son aquellos que contraen los ciudadanos romanos segun las disposiciones de las leyes: "*Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum precepta legum coeunt*:" si el matrimonio segun esta decision de Justiniano para llamarse justo se ha de celebrar con arreglo á las leyes, es necesario reconocer que todo matrimonio que no se haya contraido observando lo prevenido en ellas no se tendrá por justo, bien sea válido en el fuero esterno, é ilícito en el interno.

92 No fue Justiniano el primero que llamó justos á los matrimonios que se celebraban conforme á las leyes, pues ya antes era comun á los jurisconsultos dar este dictado á los matrimonios: el jurisconsulto Juliano en la ley 18, ff. *de ritu nuptiarum*, hablando de los matrimonios que contraen los hijos de familia sin la voluntad de sus padres, dice que no se llaman justos, y el jurisconsulto Paulo en la ley 65 del mismo título, tratando de los matrimonios que celebraban los destinados á alguna provincia con mugeres de la misma contra la ley que prohibia estos enlaces, afirma que si despues de haber dejado el empleo perseveran en la misma voluntad, el matrimonio se hace justo, y los hijos tenidos de aquel matrimonio serán legítimos.

93 El Emperador Gordiano repite lo mismo en la ley 6.ª, capítulo *de nuptiis*; de cuyas disposiciones claramente se echa de ver que al principio tales matrimonios no eran justos, porque les faltaba á los unos el requisito del consentimiento del padre, y á los otros les obstaba el ejercer empleo en la provincia, y en el momento que cesaba este obstáculo se hacia el matrimonio justo, porque faltaba el motivo de la prohibicion. El mismo Emperador en la ley siguiente llama union menos legítima al matrimonio celebrado por una hija de familia sin la voluntad de su padre, lo que equivale á ser el matrimonio ilegítimo por estar reprobado y prohibido por la ley, y en este mismo concepto el Emperador Justiniano en el §. inicial, *institutiones de patria potestate*, pide como requisito indispensable para que los hijos esten en la patria potestad, que es lo mismo que ser legítimos, que los padres los hayan procreado de matrimonio justo, que viene á ser lo mismo que celebrado, observando lo dispuesto por las leyes. Por último, Modestino haciendo la definicion del testamento en la ley 1.ª, ff. *qui testam. condere poss.*, dice que *est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri vellit*, y esponiendo los autores el sentido de la palabra *justa*, dicen que equivale á lo mismo que solemne, ó conforme á los requisitos prevenidos por las leyes, entre otros Donelo en el libro 6.º de sus comentarios del derecho civil, capítulo 4.º, é Heineccio en las *Prælectiones in elementa juris civilis secundum ordinem institut.* lib. 2.º, tít. 10, § 490; y asi testamento injusto es el que no se hace segun derecho, ley 1.ª, ff. *de injusto et irrito testamento.*

94 Contraida esta doctrina y uniforme decision de las leyes á la opinion de Lara, examínese si el matrimonio celebrado por el que se halla ligado con el voto simple de castidad podrá decirse justo en el sentido que queda espuesto, y arreglado á las disposiciones legales: es constante que por derecho canónico el voto simple de castidad es impedimento impediente del matrimonio segun el capítulo 3.º y 6.º, *qui clericis, et voventes*, lo que se halla confirmado á la letra por la ley 2.ª, tít. 8.º, partida 1.ª; y la 11, tít. 2.º, partida 4.ª; estando pues este matrimonio prohibido espresamente por la ley canónica y civil, es claro que no podrá decirse justo en el sentido que se ha manifestado por ser celebrado contra las disposiciones legales, y de consiguiente la aptitud y posibilidad que exige la ley de Toro en uno de los dos tiempos para poder contraer justamente el matrimonio, y un matrimonio justo sin dispensacion, escluye claramente el matrimonio contraido con impedimento impediente, porque está ligado con voto simple de castidad.

95 Acaso se intentará decir que los matrimonios de los hijos de familia sin la voluntad de sus padres, y de los empleados en la provincia con muger provincial los llaman las leyes injustos, no precisamente porque sean contrários á sus disposiciones, sino porque en realidad son nulos é írritos, lo que no sucede en el que contrae el ligado con voto simple de castidad ú otro impedimento impediente, que en realidad es válido y subsistente sin que pueda dirimirse.

96 Pero esta esposicion debe tenerse por un efugio dirigido á enervar la fuerza del argumento. Entre los fragmentos que han llegado á nosotros de los antiguos jurisconsultos tenemos el de Paulo al tít. 19 del lib. 2.º de las Sentencias, en que espresamente afirma que aunque los matrimonios de los hijos de familia sin la voluntad de sus padres no se contraen con arreglo á derecho, sin embargo una vez contraidos no se pueden disolver; estas son sus palabras: *Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonia jure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur.*

97 Son varias las leyes que se hallan en el Digesto y C. que suponen esta misma doctrina, las que tengo por ocioso citar, contentándome con manifestar algunos de los jurisconsultos de primer nota que la defienden y tienen por cierta, como son Cujacio, lib. 3.º, capítulo 5.º *observationum*; Antonio Perez en el capítulo *de nuptiis*, número 2.º; el señor Ramos del Manzano, lib. 2.º, capítulo 9.º, número 1.º *ad legem Juliam*; Heineccio en el lib. 2.º, capítulo 3.º de sus comentarios á la misma ley, y Berardi en la disertacion 5.ª, cuestion 1.ª del lib. 4.º de las decretales, todos los cuales autores convienen en que los matrimonios de los hijos de familia contraidos sin la voluntad de sus padres son válidos y no se pueden disolver. Esta doctrina la estienden Cujacio, Ramos y Heineccio á los matrimonios de los empleados en la provincia con muger provincial, y á los de los senadores con libertas, y otras

clases de mugeres con quienes se les prohibia casar, con lo que queda enteramente destruida la infundada esposicion con que se pretende eludir el argumento propuesto arriba.

98 Nada aprovechan á Lara para apoyo de su opinion los capítulos que cita de las decretales, porque los dos primeros, que suponen válidos los matrimonios celebrados con impedimento impediente ó con voto simple de castidad, establecen una verdad que nadie pone en disputa, y el tercero, que es el del tít. *de divortiis*, en que habla el Pontífice de los matrimonios celebrados con impedimento impediente, dice que se deben disolver porque han sido ilícitamente contraidos; donde se vé con la mayor claridad que el Pontífice usa de la palabra ilícitamente en un sentido menos propio, y que equivale á nulamente, y no en el que comunmente tiene de ser una cosa moralmente mala, porque si el haber sido contraidos los matrimonios ilícitamente en el fuero interno fuera causa justa para declararlos nulos, todos los otros matrimonios celebrados con impedimento impediente deberian tambien declararse nulos é írritos, por haber sido contraidos ilícitamente en el fuero interno.

99 Habiendo hecho ver la ninguna solidez de la opinion de Lara, y manifestado que la aptitud que pide la ley en los padres para poder justamente contraer matrimonio sin dispensacion no debe entenderse para celebrar matrimonios meramente válidos, sino que ademas han de ser arreglados á las disposiciones de las leyes, corresponde ahora manifestar lo infundado de la opinion de Cervantes: quiere este que la aptitud de los padres para contraer matrimonio sea y se entienda para celebrarlo lícitamente en el fuero interno.

100 Como todos los argumentos de que me he valido para demostrar que la ley de Toro solo requiere la aptitud de los padres para contraer matrimonio con arreglo á las disposiciones legales son adaptables para impugnar la opinion de Cervantes, parecia ocioso proponer otros de nuevo, porque en realidad la aptitud para contraer matrimonio justamente, que en sentir de Cervantes es lo mismo que lícitamente en el fuero interno, es para celebrarlo con arreglo á las leyes, ó separándose de ellas; si se dice lo primero estamos conformes en las opiniones; si se elige lo segundo, las razones con que he impugnado la opinion de Lara obran directamente contra la de Cervantes, porque todas se dirijen á persuadir que las palabras de la ley se deben entender para poder contraer matrimonio, observando y cumpliendo con lo prevenido por las leyes; pero sin embargo añadiré algunas otras razones que descubran aun con mas claridad cuán agena es la opinion de Cervantes de la letra y espíritu de la ley de Toro.

101 La ley 13, §. 1.º, ff. *ad legem Juliam de adulteris*, hablando de la facultad que tiene el marido para acusar de adulterio á su muger, dice que lo puede hacer, bien sea la muger justa ó injusta, dando por razon que la ley Julia comprende todos los matrimonios, esto es, los que se celebran con arreglo á las leyes y contra ellas; de cuya ley infiere Cujacio en el lugar citado, que la muger que ha contraido matrimonio válido, contra derecho se llama injusta, é injustos los hijos, é injustas las nupcias: véase ahora si la palabra injusta é injustos podrá aplicarse en sentido moral á la muger y á los hijos, lo que nadie me persuado se atreverá á afirmar; de que se convence que la palabra injusta ó injustos en la materia de que tratamos se ha de entender por una cosa opuesta y contraria á las disposiciones legales, por lo que con razon dice Vinnio en el §. inicial *de nuptiis* en las institutiones, que la palabra justo tiene varias significaciones segun el sugeto á que se aplique, y que en la presente materia equivale á lo mismo que legítimo.

102 En la ley 31 *de ritu nuptiarum* dice el jurisconsulto que si por indulgencia ó dispensacion del Príncipe se le concediese á un senador casarse con una liberta, seria entonces muger justa. Tómese si se quiere esta voz en el sentido de moralmente, y escitará á una risa compasiva el que intentase darle tal significacion; es pues evidente que la palabra justo ó injusto en la materia de que hablamos es lo mismo que legítimo ó ilegítimo, ó que contrario á las leyes ó conforme á ellas, y que en este sentido usó nuestra ley del adverbio ó palabra justamente, de lo que voy á hacer una demostracion.

103 Quiere la ley que para que el hijo sea y se diga natural tengan los padres aptitud para contraer matrimonio justamente sin dispensacion en uno de los dos tiempos que espresa; si la palabra *justamente* se hubiera de entender en el sentido que preten-

de Cervantes de *lícitamente*, ¿qué necesidad habia de que añadiese la ley que debia ser sin dispensacion? ¿Por ventura no es igualmente lícito el matrimonio que se contrae sin dispensacion que el que se celebra con ella? Pues si el fin de la ley es que los padres tengan aptitud para casarse lícitamente, y este fin se consigue en el matrimonio que se contrae con dispensacion, ¿qué motivo pudo haber para que la ley escluya de su disposicion el celebrado con ella? ¿Acaso la dispensacion es contraria ó incompatible con la licitud de los matrimonios? Todo lo contrario, antes bien por su medio se hacen lícitos los que sin ella no lo podian ser. ¿Podrá ninguno persuadirse que siendo el fin de la ley que los padres tengan aptitud para contraer lícitamente matrimonio, escluya la dispensacion, que es el medio para que se celebren lícitamente los que sin ella no lo podian ser?

104 Un ejemplo hará mas claro este raciocinio: supongamos un hijo concebido de incesto por estar los padres ligados con impedimento dirimente de consanguinidad, que nace cuando ya se hallan habilitados para contraer matrimonio por medio de la dispensacion; este hijo, segun la disposicion de la ley, no puede ser natural, porque si se atiende al tiempo de la concepcion los padres no podian lícitamente contraer matrimonio, y si al del parto ó nacimiento tampoco puede decirse natural, pues aunque los padres se hallan habilitados para casarse lícitamente, era por medio de la dispensacion, y la ley espresamente la escluye para que tenga lugar su disposicion; con que es á todas luces claro que el fin de la ley no fue el que los padres tuviesen aptitud en uno de los dos tiempos para contraer lícitamente matrimonio, á no ser que tenga la imprudencia de decir que sin causa ni motivo alguno, sino por mera ocurrencia y casualidad, escluyó la ley la dispensacion del contenido de su disposicion.

105 No faltará tal vez quien valiéndose del mismo argumento, contra mi opinion, diga que si la inteligencia que se ha de dar á la palabra *justamente* es de que la aptitud para contraer matrimonio sea con arreglo á las leyes, era bien escusado que añadiese *sin dispensacion*, pues todos saben que por ella se impide y suspende la observancia de la ley. En satisfaccion de esta réplica debò decir que estas palabras *justamente* en el sentido esplicado, *y sin dispensacion*, aunque en realidad son diversas, en el caso presente tienen una misma significacion, ó por decirlo mejor, la una es esplicacion y declaracion de la otra.

106 Queda ya manifestado arriba que la palabra *justamente* no tiene otra significacion en la presente ley sino la de que la aptitud para contraer matrimonio sea con arreglo á las leyes ó legítimamente, en cuya suposicion se convence sin el menor género de duda que las palabras *sin dispensacion*, de que usa á continuacion, son una esplicacion ó declaracion del mismo concepto ó significacion, porque envuelve una manifiesta contradiccion que una cosa se haga con arreglo á las leyes, y que para ejecutarla intervenga dispensacion, pues como todos saben la dispensacion es un privilegio, concesion ó gracia del superior para eximirse de la observancia de la ley.

107 Esto manifiesta que el haber añadido la ley *sin dispensacion* á lo que antes habia dicho fue una esplicacion del mismo concepto, cuyo modo de hablar es usual y frecuente en el estilo legal, en el que muchas veces los legisladores, despues de haber mandado hacer una cosa ó permitídola, prohiben lo contrario, y asi se vé en la ley doce de las de Toro, que despues de haber señalado la cantidad que los padres pueden dejar á un hijo legitimado por rescripto del Príncipe teniendo hijos de legítimo matrimonio, añade á continuacion, *y no mas*. De la misma espresion usan en semejantes casos las leyes 26 y 28, tratando de las mejoras de tercio y quinto; lo que parecia escusado, pues fijándose en dichas leyes la cantidad ó parte de bienes que los padres pueden dejar á sus hijos por via de alimentos ó mejoras podia tenerse por ociosa la espresion de *no mas*, porque por el mismo hecho de señalar la cuota se entiende virtualmente prohibido el esceso.

108 De este mismo modo de hablar usó la presente ley, que despues de decir que los padres habian de tener aptitud para contraer justamente matrimonio, esto es, con arreglo á las disposiciones legales, añade *sin dispensacion*, que en realidad no era otra cosa que prohibir lo que se oponia á que el matrimonio se celebrase justamente ó con arreglo á las leyes. De que se vé que en el sentido que damos á la presente ley no hay la menor oposicion ni superfluidad entre las palabras *justamente y sin dispensacion*, antes bien se advierte en

ellas una entera conformidad sirviendo la una de esplicacion de la otra.

109 Vamos á derrocar por tierra de una vez la opinion de Cervantes. Es incontestable que toda cópula habida fuera de matrimonio verdadero ó presumpto constituye á sus autores reos de pecado grave. Igualmente lo es que el matrimonio es un Sacramento de la ley de Gracia que exije necesariamente para recibirse lícitamente, que los contrayentes se hallen libres ó exentos de toda culpa mortal. Estas dos proposiciones son de una verdad tan cierta y constante, que no admiten disputas ni opiniones entre los que profesan la Religion Católica. Esto asi sentado, formo de este modo el argumento: supone la ley que los padres al tiempo de la concepcion, que segun ella es el mismo que el de la cópula, pueden tener aptitud para contraer justamente matrimonio, que en sentido de Cervantes es lícitamente en el fuero interno; es asi que al tiempo de la cópula los padres eran reos de pecado grave ó mortal, con que se infiere por una consecuencia necesaria que la ley, suponiendo que los padres podian tener al tiempo de la concepcion aptitud para contraer lícitamente matrimonio, cometió el mas vergonzoso absurdo, cual era suponer que podian los padres tener en aquel tiempo una aptitud ó capacidad que era imposible de toda imposibilidad que la tuviesen.

110 No alcanzo qué podria responder Cervantes á este argumento; pero en mi concepto si no cantaba la palinodia, cualquiera otro rumbo que eligiese no seria en realidad otra cosa que naufragar en Scila huyendo de estrellarse en Caribdis porque á la verdad no cabe mayor absurdo en la esposicion de una ley que esplicarla en un sentido que directamente choca y destruye su resolucion.

111 Este argumento es tanto mas fuerte y convincente contra Cervantes por cuanto él mismo en apoyo de su opinion deduce del cap. 6.º, *qui Clerici, vel voventes*, que siendo cierto que peca gravemente el que contrae matrimonio estando ligado con voto simple de castidad, no se puede decir que justa y lícitamente puede celebrarlo. Si el pecado que comete el que contrae matrimonio con voto simple de castidad impide que lícitamente lo contraiga, ¿cómo el pecado de una cópula fuera de matrimonio no ha de impedir que los padres en aquel mismo tiempo se hallen en aptitud de casarse lícitamente?

112 En cuanto á la sutil reflexion que hace Cervantes acerca de las palabras de la ley que dice *cuando al tiempo que fueron concebidos podian casar*, y no espresa que podian estar casados, se ha de decir que es una sutileza pueril y vana, porque del ligado con simple voto de castidad tan cierto es decir que no puede estar casado lícitamente como que no puede casar, porque el matrimonio de hecho no exime de las obligaciones que le impone el voto simple de castidad, que es la causa que le impide contraer lícitamente matrimonio, á la manera que del casado que se ordena *in sacris* es igualmente decir que ni lícitamente pudo recibir las órdenes, ni lícitamente estaba ordenado. La autoridad de Navarro, que cita Cervantes contra la opinion de Lara, ni le aprovecha á la suya, ni destruye la de Lara, que como se ha hecho ver, es falsa, por lo que es ocioso detenerme á impugnarla, bastando decir que el dictamen de un autor particular es de ningun momento para debilitar los argumentos fundados en leyes ó razones.

113 Para dar mas peso de probabilidad á mi opinion conviene notar que cuando las leyes de Toro usan de la palabra *justamente*, siempre la toman y ponen por equivalente á legítimamente, ó con arreglo á la disposicion de las leyes. En la 10 se dispone que el padre de un hijo natural, en defecto de hijos ó descendientes legítimos, pueda mandarle justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos, cuya espresion no puede en manera alguna entenderse por lícitamente en el fuero interno, porque á la verdad no estando dicho hijo en estado de necesidad, ó teniendo lo suficiente para su competente manutencion, y careciendo por otra parte sus abuelos de los auxilios necesarios para su sustento, el testador pecaria gravemente en nombrar por heredero de sus bienes á su hijo natural no necesitado, dejando á sus padres en la penuria y escasez; lo que convence que la palabra *justamente* no puede tener otro sentido en el caso de la ley sino el de legítimamente y con arreglo á disposiciones legales.

114 En igual sentido debe entenderse la ley 82, la que tratando de si el marido que con autoridad propia mata á los adúl-

teros ganará la dote y demas bienes, resuelve que aunque los coja *in fraganti* delito, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote ni los bienes de los que matare, por cuyas palabras se vé que nada resuelve acerca de la justicia ó injusticia de la muerte, sino que únicamente la supone justa con referencia sin duda á las leyes que permiten la muerte de los adúlteros, como son la 4.ª, C. *ad legem Juliam de adulteris*, en que por esta misma ley se permite matar impunemente á cierta clase de adúlteros, y en virtud de este permiso, dice la ley que obra legítimamente el marido, y de consiguiente no debe sufrir pena alguna, con lo que da á entender que obrar impunemente y legítimamente son espresiones sinónimas en el derecho, que equivalen á con arreglo á las leyes. El mismo permiso se concede al marido y al padre, respecto de su muger é hija, en las leyes 20 y siguientes, §. *ad legem Juliam de adulteris*.

115 Aun si cabe estan mas claras las leyes de partida en este punto, especialmente la 12, 13 y 14, tít. 17, partida 7.ª, en que se permite al marido matar al adúltero y no á la muger, y al padre matar á ambos cogidos *in fraganti*, donde espresa la ley 14 la razon de esta diferencia. En la ley del ordenamiento de Alcalá, que es la 3.ª del tít. 2.º, lib. 8.º de la Recopilacion, se concede al marido en igual caso quitar la vida á los adúlteros sin perdonar á ninguno de ellos; cuyas leyes deben entenderse por lo menos permisivas ó de impunidad de la pena, que en otro caso sufriria el matador, pues las leyes civiles únicamente dirigen sus disposiciones á los actos esternos, sin mandar ni prohibir *directe et per se* los internos, porque como observa santo Tomás, 1, 2, q. 91, art. 4.º en la cuestion 100, art. 9, tratando de la jurisdiccion de la Iglesia, afirma no la tiene para juzgar los actos internos en el fuero esterno, dando por razon que la potestad humana no tiene facultad de imponer leyes acerca de aquellos actos que no puede juzgar ni castigar por ser internos y faltarle la fuerza coactiva para ello.

116 Suarez en el lib. 3.º, cap. 13, número 3.º *de legibus*, y en el lib. 4.º, capítulo 13, número 4.º y siguientes, tratando este mismo punto, afirma que la potestad humana solo tiene por objeto de sus disposiciones la paz esterior de la comunidad, á cuya paz nada contribuyen los actos meramente internos que no tienen conexion con los esternos, como sucede en el caso presente, pues que el marido quite la vida á los adúlteros con espíritu de ódio ó venganza, ó con celo de justicia, nada altera la disposicion de la ley, que únicamente permite ó concede la impunidad ó remision de la pena, sin duda en consideracion del vehemente y justo dolor que supone concebiria el marido á vista de su deshonra.

117 No por esto se ha de decir que cuando se obra con permiso de la ley, como sucede en el caso presente, se comete culpa grave, porque siendo la materia delegable puede la autoridad pública conceder á un particular lo que ella podia ejecutar por sí misma, y no cabiendo la menor duda en que la autoridad pública puede justamente en el fuero interno castigar con pena de muerte el crímen de adulterio, con dificultad podrá negarse la facultad de cometer la ejecucion de esta pena á un particular, aunque esto no sufragará al comisionado, para que cuando faltando á la ley divina proceda con espíritu de venganza no peque grave y mortalmente, porque la ley humana no puede dispensar en los preceptos divinos, limitándose su potestad á eximir y dispensar de la pena impuesta por las leyes civiles positivas. De la facultad que por la ley del ordenamiento se concede al marido para quitar la vida á los adúlteros cogidos *in fraganti*, y de si lícitamente en el fuero interno podrá usar de dicha facultad, trataré de intento y con alguna estension en el Comentario á la espresada ley 82.

118 Es tambien duda concerniente á la disposicion de esta ley, si el engendrado de padre que tenia dada palabra de matrimonio antes á otra muger, y nace cuando aun duraba la obligacion de los esponsales á la primera, será hijo natural en sentido de la ley. El fundamento de esta duda estriba en que en dicho caso los padres pueden contraer matrimonio sin dispensacion, tanto al tiempo de la concepcion, como del nacimiento, cuya posibilidad parece ser la condicion ó requisito que exige la ley en uno de los dos referidos tiempos para que el hijo sea natural; pero sin embargo soy de parecer que el hijo de que hablamos no debe tenerse por natural en el sentido de la ley, pues aunque sea cierto que los padres estaban en aptitud de poder contraer matrimonio, no lo es que pudieran celebrarlo justamente, que es el principal requisito

que exige la ley para que el hijo sea natural.

119 He dicho que los padres no tienen aptitud para contraer matrimonio justamente, segun la esposicion é inteligencia que se ha dado á esta palabra, porque las leyes prohiben al que ha contraido esponsales con una persona casarse con otra antes que se disuelvan los esponsales, como se colige de la ley 5.ª, C. *de sponsalibus*, y mas particularmente de los capítulos 2.º, 10 y 22 de las decretales del mismo título, y de la ley 2.ª y 7.ª, tít. 1.º, partida 4.ª, en la última de las cuales se apremia al que ha prometido esponsales á que cumpla la obligacion que tiene contraida; de que se convence que el matrimonio que despues celebrase con otra antes de disolverse los esponsales con la primera, no seria justo y arreglado á las leyes, que es lo que denota la palabra justamente, sino contrario á ellas.

120 No se opone á esto el que en el presente caso no se necesite de dispensacion para contraer matrimonio, porque el pedir la ley que la aptitud de los padres sea para celebrarlo sin dispensacion, es porque supone que cuando interviene esta es para eximir la prohibicion de la ley, y como puede acontecer que esta prohibicion sea en favor de un tercero, en que no cabe dispensacion, que solo tiene lugar cuando la prohibicion se dirige al bien público ó al de la comunidad, de aqui es que en el caso de que hablamos aunque no tenga lugar la dispensacion, como se verifica la prohibicion de las leyes, no puede decirse con verdad que justamente se puede contraer matrimonio, porque se contraviene á ella, no pudiendo celebrarse sin faltar á la obligacion de los esponsales, que quieren los cánones y leyes reales que se cumplan.

121 De esta duda resulta otra, que aunque perteneciente á la materia de legitimacion por el subsiguiente matrimonio, no parece fuera de propósito examinarla en este Comentario, habiéndose tratado en él de la opinion del señor Covarrubias y Amaya, que sostienen que basta la aptitud de los padres para contraer matrimonio al tiempo del parto para que el hijo pueda ser legitimado, sin que sea necesario la tengan al tiempo de la concepcion. Se reduce la duda á si el engendrado de padre que tenia contraidos esponsales de futuro con otra muger podrá ser legitimado por el subsiguiente matrimonio, si al tiempo del parto ó nacimiento no permanece ya el impedimento de los esponsales.

122 Para la resolucion de esta duda conviene recordar lo que arriba se ha dicho acerca de las cualidades que por derecho civil se apetecian en los padres para poderse legitimar los hijos por el subsiguiente matrimonio. Una de estas cualidades era el que los padres al tiempo de la concepcion estuviesen hábiles para contraer matrimonio sin contravenir á las leyes, como clara y espresamente se dispone en los varios textos que antes se han citado, contentándome ahora con recordar el §. último *institut. de nuptiis, y el* 2.º *de hered. qui abintestato*; de que se convence que por derecho civil no podia admitirse la legitimacion en el presente caso, porque la ley 5.ª, C. *de sponsalibus*, supone en el que los contrae obligacion á cumplirlos. Ademas de que tambien era requisito indispensable que la madre fuera tenida en concepto de concubina, lo que aqui no se verifica. Veamos si por derecho canónico, que principalmente rige en el dia en punto á la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, podia verificarse esto en el caso de la disputa.

123 Se ha visto que por derecho civil se requeria que los padres al tiempo de la concepcion tuviesen aptitud para contraer matrimonio con arreglo á las leyes, ó sin contravenir á ellas, y que la madre estuviese en concepto de concubina. Esta ultima cualidad de la madre la desestimó y derogó el derecho canónico, estendiendo la legitimacion á los hijos que habian nacido de estupro de vírgen ó de viuda honesta, las cuales ni podian ser concubinas por derecho civil, ni legitimarse sus hijos, y sin embargo el derecho canónico, en el cap. 1.º y 6.º *qui filii sint legitimi*, les concedió el beneficio de la legitimacion; pero en punto á la aptitud de los padres para contraer matrimonio al tiempo de la concepcion no hizo la menor alteracion, antes bien siguió y se conformó con la disposicion del derecho civil, y por lo tanto se debe decir que el hijo de que hablamos está escluido por derecho canónico de poder ser legitimado por el subsiguiente matrimonio.

124 Nuestro derecho real de las partidas no se apartó del derecho civil en cuanto á requerir en los padres la aptitud para contraer matrimonio, sin contravenir á las leyes al tiempo de la concepcion, como li-

teralmente se manifiesta en la ley 8.ª, título 13, partida 6.ª; y de consiguiente siguió y se conformó con lo dispuesto por el derecho canónico, que fue el no hacer novedad en lo ordenado por derecho civil en este punto, por lo que es necesario concluir, que tampoco por derecho real de las partidas puede legitimarse el hijo de que se disputa.

125 La presente ley de Toro nada innovó en el particular, limitándose su disposicion á declarar qué hijos debian tenerse por naturales: habia ordenado la ley 10 anterior que el padre de un hijo natural no teniendo hijos ó descendientes legítimos pudiese mandarle de sus bienes todo lo que quisiere aunque tuviera ascendientes legítimos; como por esta ley se habilitaba al hijo natural para poder ser heredero de su padre en perjuicio de los legítimos ascendientes de este, creyeron de su obligacion los autores de esta ley declarar en ella qué hijos debian tenerse por naturales para poder ser herederos de su padre, lo que ejecutaron estableciendo la regla de que los hijos que fuesen concebidos ó nacidos cuando los padres podian casarse justamente sin dispensacion en uno de los referidos tiempos, fuesen tenidos por naturales.

126 Habiéndose limitado la ley á hacer la declaracion espresada, es á todas luces claro que nada alteró ni dispuso acerca de la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, y de consiguiente no derogó las disposiciones del derecho civil, canónico y real de partidas en punto á la legitimacion de los hijos; lo que ofrece un manifiesto testimonio de la gran diferencia que media entre la decision del capítulo *Tanta* de las decretales y la de nuestra ley, á pesar de que sus glosadores hayan intentado confundirlas y uniformarlas.

127 Lo que se ha dicho y resuelto en la presente duda debe entenderse, si cabe, con mas razon del hijo de padres que alguno de ellos se hallaba ligado con voto simple de castidad.

128 Esta misma doctrina obra en el hijo concebido de adulterio para que no pueda ser legitimado por el subsiguiente matrimonio, aunque sus padres esten hábiles para contraerlo al tiempo del nacimiento, porque han carecido de aptitud para celebrarlo al tiempo de la concepcion, pues la ley de Toro aumentó el número de los hijos naturales, y no estendió el beneficio de la legitimacion á otros hijos que á los que antes podrán ser legitimados por derecho civil, canónico y real de partidas.

129 Por último exige la ley por condicion precisa que el padre reconozca al hijo por suyo para que se declare por natural. Este requisito no lo pedia el derecho romano, ni era necesario, pues habiendo de vivir la concubina en la casa del concubinario, obraba la presuncion á favor del hijo de que era este. Como la ley de Toro estendió el beneficio de la naturalidad á los engendrados de mugeres que los padres tenian fuera de su casa, cesó la presuncion que inducia al derecho romano, y fue necesario en su lugar establecer el reconocimiento del padre, como lo observa el señor Covarrubias, parte 2.ª *de matrimonio*, cap. 8.º, §. 4.º, número 14; de que se infiere que estando la muger en la casa del padre no seria preciso este reconocimiento.

130 La disposicion de la ley en este punto hace que en las querellas de estupro que se siguen en los tribunales reales, probado el delito manda el tribunal, si ha habido prole, que el reo la reconozca por suya, supliendo la sentencia del tribunal el reconocimiento, caso que se niegue á hacerlo, en virtud del cual heredará el hijo abintestato dos onzas de la herencia de su padre, segun la ley 8.ª, tít. 13, partida 6.ª y siguientes.

131 Mas sutil, implicada y curiosa es otra duda que promueve Acevedo en su Comentario á ley 7.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion al número 52, acerca de si los hijos de los caballeros profesos ó freiles de las órdenes militares habidos de muger soltera fuera de matrimonio son naturales ó espurios respecto de su padre. Para venir en conocimiento del mérito ó fundamento de esta duda se ha de suponer que solo tiene lugar despues de la bula del Papa Paulo III del año de 1540, por la que dispuso que el voto absoluto de castidad que antes hacian los caballeros de las órdenes de Calatrava y Alcántara se redujese y limitase al de castidad conyugal, de forma que por dicha limitacion quedaron hábiles y espeditos para contraer matrimonio, quedando reducido su voto á guardar castidad fuera de matrimonio. Supuesto este antecedente resuelve Acevedo, al parecer con cierta desconfianza y perplejidad, que el hijo habido de muger soltera de condicion igual al padre será natural, y sucederá en

los bienes de su madre; pero no podrá suceder en los de su padre, en virtud de cierta definicion de la órden, hecha por mandado del Papa, y aprobada por el Rey, que es el Gran Maestre, y recibida con consentimiento unánime de los caballeros; y añade que si el hijo fuere engendrado en alguna concubina, de ningun modo podrá suceder á sus padres, ni se dirá natural, especialmente si la muger era de vil condicion, con quien no podia casarse sin deshonor. Hasta aqui Acevedo, cuyas palabras manifiestan su poca firmeza en sostener su opinion.

132 Con mas limpieza y exactitud se propone Gutierrez la misma duda en el libro 2.º de sus cuestiones prácticas, en la 111, y la resuelve determinada y positivamente afirmando que los hijos de los caballeros profesos de las órdenes militares habidos en muger soltera fuera de matrimonio son y deben decirse naturales. El fundamento de esta resolucion lo pone en que en el dia estos caballeros pueden contraer matrimonio libremente sin dispensacion, en virtud de las bulas de los Papas, y por lo tanto sus hijos deberán ser naturales, con respecto á lo que se dispone en la ley 11 de Toro, sin que á esto se oponga el que dichos caballeros tengan obligacion por la bula de pedir licencia al Rey, como Gran Maestre de la órden, para casarse, porque la omision en pedir esta licencia no puede impedir que los hijos dejen de ser naturales, mayormente no habiendo obligacion de pedirla sino para contraer matrimonio.

133 Tambien se hace cargo que entre los hijos que se escluyen por la ley 9.ª de Toro de poder suceder á sus madres ex testamento y abintestato, estan comprendidos los hijos de los freiles, con que mal podrian reputarse por naturales respecto de sus madres, y no siéndolo para estas, menos lo podian ser para con sus padres. A esto responde que dicha ley de Toro se formó antes de que por las bulas se concediese á los caballeros de las órdenes militares la facultad de poder contraer matrimonio; pero despues que por las bulas se removió el impedimento que antes tenian por el voto solemne de castidad, cesó la disposicion de la ley 9.ª acerca de los hijos de los freiles, y por esta razon cuando se trasladó la espresada ley á la 7.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion, se omitió la palabra freiles, para dar á entender que los hijos de estos no quedaban comprendidos en la prohibicion de ser herederos legítimos de sus madres, como se deja insinuado al fin de nuestro Comentario á la referida ley.

134 Don Iñigo de la Cruz Manriquez de Lara, conde de Aguilar, en el cap. 14 de su defensorio de la religiosidad de los caballeros de las órdenes militares, refiere la opinion de Gutierrez, la que se propone impugnar afirmando que los hijos de los espresados caballeros habidos de muger soltera fuera de matrimonio no son naturales sino espúrios, y aun sacrílegos. Los fundamentos de su opinion se reducen á que por la bula de Alejandro III de 1165, confirmatoria de la órden de Santiago, se previene que los caballeros para casarse hayan de pedir licencia al Gran Maestre de su órden; de que infiere al número 23 y siguientes que el matrimonio celebrado sin esta licencia es nulo y de ningun efecto: otro fundamento es que los hijos de los caballeros, en el caso de la disputa, son sacrílegos por la violacion y transgresion del voto de castidad de sus padres, segun las razones que alega en los números 51 y 52; y por último fundamento de su opinion cita un establecimiento de la órden de Santiago de 1553, que es el 48, en que se ordena que los bienes inmuebles que dejaren los freiles de dicha órden que murieren sin hijos legítimos queden libres para la dicha órden.

135 A pesar de las razones que se han espuesto del conde de Aguilar tengo por mas fundada y cierta la opinion de Gutierrez, y mas conforme á lo dispuesto por la ley 11 de Toro. En ella se establece la regla general y constante para conocer cuál sea y deba llamarse hijo natural, tanto respecto de su padre, como de su madre, y se reduce á que siempre que los padres esten hábiles para contraer justamente matrimonio sin dispensacion en uno de los dos tiempos de la concepcion ó del parto, los hijos se digan y tengan por naturales. Sentado este principio queda reducida la presente duda á examinar si los padres del hijo de la disputa han estado hábiles para contraer justamente matrimonio sin dispensacion en uno de los indicados tiempos de la concepcion ó del parto.

136 Es constante é incontestable que aunque antes de la bula de Paulo III de 1540 eran inhabiles los caballeros ó freiles de las dos órdenes militares de Calatrava

y Alcántara para contraer matrimonio por estar ligados con el voto absoluto y solemne de castidad que hacian al tiempo de su profesion, despues que por dicha bula se limitó y redujo el voto de castidad á la conyugal, y á guardarla fuera del matrimonio, quedaron hábiles y espeditos los referidos caballeros para poder casarse con la precisa condicion de haber de pedir licencia para ello al Gran Maestre de su órden, que en el dia lo es el Rey.

137 Supuesta la aptitud de los caballeros ó freiles para contraer matrimonio en virtud de la referida bula, resta ver si la precision de haber de pedir licencia al Gran Maestre de su órden será impedimento para que se diga de ellos que pueden contraer matrimonio justamente sin dispensacion, segun lo dispuesto de la ley de Toro.

138 La licencia que han de pedir los caballeros al Gran Maestre de su órden para casarse con arreglo á lo dispuesto por la bula de Alejandro III, confirmada en esta parte por la de Paulo tambien III, no es ni puede llamarse dispensa, porque toda dispensa es relajacion de la observancia de una ley anterior que manda ó prohibe lo que ella concede: es constante que despues de la bula de Paulo III no hay ley alguna que prohiba á los caballeros profesos de las órdenes militares, y en particular á los de Calatrava y Alcántara, contraer matrimonio; con que la licencia que por la espresada bula se requiere para que puedan casarse, ni es, ni puede llamarse dispensa.

139 A esto se aumenta que ni la bula de Paulo III dispensó á los caballeros profesos el voto absoluto de castidad que ya tenian hecho, sino que eximió de hacerlo á los que profesasen en lo sucesivo, limitándolo á la castidad conyugal ó fuera de matrimonio, de forma que en realidad por la bula no se dispensó la observancia del voto absoluto de castidad, sino el hacerlo, habiéndose quedado los caballeros profesos al tiempo de la bula con el mismo impedimento que antes tenian de contraer matrimonio, como claramente se espresa en la misma bula, y lo reconoce el conde de Aguilar en el cap. 27, número 10 de su obra. No siendo, pues, la licencia del Gran Maestre ni dispensa del voto de castidad ni de alguna otra ley que prohiba á los caballeros contraer matrimonio, se debe decir de ellos lo que de cualquier otro á quien no se le prohibe por las leyes casarse, que pueden contraer matrimonio justamente sin dispensacion, que es lo que exige la ley de Toro en los padres en uno de los dos tiempos para que el hijo sea natural.

140 No se opone á esto el que el matrimonio celebrado sin licencia del Gran Maestre sea nulo, como pretende el conde de Aguilar, pues aun cuando esto sea cierto (que no es del caso examinar) nada le aprovecha para su intento, pues á lo mas la licencia seria un requisito esencial, sin el cual no se podria contraer válidamente el matrimonio; pero en ningun modo podria decirse dispensa, á la manera que despues del Concilio de Trento se requiere la asistencia del propio párroco de los contrayentes, y dos testigos para contraer ó celebrar válidamente el matrimonio, sin que por esto hasta ahora haya ocurrido á ninguno decir que los hijos engendrados de padres que no tenian impedimento alguno canónico para contraer matrimonio no eran naturales, segun el sentido de la ley de Toro, porque despues del Concilio de Trento se requeria la asistencia del párroco y dos testigos para contraerlo válidamente.

141 Mas adecuada y concreta al asunto es la paridad de los hijos de familia á quienes por nuestras leyes se les prohibe contraer matrimonio sin licencia ó consentimiento de sus padres, y esto no obstante no cabe la menor duda que de los hijos de familia se debe decir que pueden contraer justamente matrimonio sin dispensacion pidiendo licencia á sus padres, y la razon es tan clara como convincente, porque poder contraer justamente matrimonio sin dispensacion no es otra cosa en sentido de la ley, segun queda demostrado arriba, que estar hábiles ó tener aptitud para contraer matrimonio con arreglo á las leyes, y sin pedir dispensacion de ellas; con que negar á los hijos de familia la aptitud para casarse con licencia de sus padres es lo mismo que decir que cuando casan con licencia de sus padres contravienen á las leyes ó se les dispensa en ellas; si, pues, tienen y reconocen en los hijos de familia aptitud para contraer matrimonio con licencia de sus padres, es forzoso admitir en ellos capacidad para contraer justamente matrimonio sin dispensacion, que es el único requisito que exije la ley de Toro en

uno de los dos tiempos para que los hijos procreados fuera de matrimonio sean y se tengan por naturales.

142 A esto se aumenta la observacion que ya hemos referido de Gutierrez, que la licencia no la requiere la bula al tiempo de la concepcion ó del parto de los hijos engendrados fuera de matrimonio, sino para cuando se ha de contraer este, lo que no impide que los padres puedan estar hábiles para casarse en uno de los dos espresados tiempos pidiendo dicha licencia. Mas claro, ó los caballeros profesos de las órdenes militares despues de la bula de Paulo III estan hábiles para contraer matrimonio pidiendo licencia al Gran Maestre, ó no lo estan: si se dice lo primero, como es forzoso decir, se infiere por una consecuencia necesaria que puedan contraer justamente matrimonio sin dispensacion, que es lo que pide la ley de Toro en uno de los dos tiempos para que los hijos sean naturales: si lo segundo se incurre en el manifiesto absurdo que ni aun por la bula se habilitaron para contraer matrimonio pidiendo licencia al Gran Maestre, sino que se quedaron en el mismo ser y estado que tenian antes de la bula.

143 No es mas eficaz el otro fundamento en que apoya el conde de Aguilar su opinion de que el caballero por la cópula fuera de matrimonio comete sacrilegio, y el hijo es sacrílego, porque la ley de Toro prescinde del delito de los padres, y solo exije en ellos la aptitud para contraer justamente el matrimonio sin dispensacion en uno de los dos tiempos, lo que hemos manifestado se verifica en el caso de la disputa.

144 En prueba de que la ley de Toro no tuvo consideracion á la gravedad del delito de los padres en el fuero interno, sino que únicamente atendió á la aptitud de los mismos para contraer justamente el matrimonio en uno de los dos tiempos, es que el hijo concebido de adulterio, si al tiempo del parto los padres por haber muerto sus respectivos consortes pueden contraer justamente matrimonio sin dispensacion, el hijo es natural y no espurio, como lo observa Palacios Ruvios al número 10 de su Comentario á la ley 11, y se infiere claramente de la letra de esta.

145 De menor importancia es aun el establecimiento de la órden de Santiago, que alega el conde de Aguilar, por el que se dispone que los bienes inmuebles de los freiles que murieren sin hijos legítimos queden libres para la órden, porque esto no impide que el hijo concebido fuera de matrimonio no sea natural en el sentido de la ley de Toro, á causa de que esta especie de hijos no son herederos legítimos ó forzosos de su padre, sino que únicamente tienen aptitud ó capacidad para percibir una parte de la herencia ex testamento habiendo hijos legítimos, y no teniéndolos pueden ser herederos universales de todos los bienes; y abintestato solamente perciben dos partes de la herencia de su padre, segun se dispone en la ley 8.ª, tít. 13, partida 6.ª, la que se halla confirmada por la ley 10 de Toro en la parte en que habilita á los hijos naturales para ser herederos ex testamento de todos los bienes de su padre, caso de que no tenga hijos legítimos, y aun estiende esta capacidad la ley de Toro á que puedan escluir á los ascendientes legítimos de su padre, y no envuelve ninguna repugnancia ó contradiccion que el establecimiento de la órden de Santiago haya moderado en esta parte la disposicion de la ley de partida y de Toro, é inhabilitado á los hijos de los caballeros habidos fuera de matrimonio de heredar ó percibir los bienes de sus padres.

146 Aumenta en cierto modo la probabilidad de esta opinion el hecho que refiere Gutierrez de que habiendo él mismo defendido en el Consejo una causa de esta especie, obtuvo sentencia á favor de la naturalidad del hijo.

Ley XII de Toro; es la 10, *tít.* 8.º, *lib.* 5.º *de la Recopilacion.*

Si alguno fuere legitimado por rescripto, ó previlegio nuestro, ó de los Reyes que de Nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, é despues su padre ó madre ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nascido ó legitimado por subsiguiente matrimonio, el tal legitimado no pueda suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento. Salvo si sus padres ó madres ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes

que podian mandar por su ánima les quisieren alguna cosa mandar que fasta en la dicha quinta parte, bien permitimos que sean capaces, y no mas. Pero en todas las otras cosas, ansi en suceder á los otros parientes, como en honras é preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los fijos nascidos de legítimo matrimonio.

COMENTARIO

á la Ley 12 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que el legitimado por privilegio del Rey, aunque lo sea para heredar los bienes de sus padres y abuelos, si despues sus padres y abuelos tuvieren algun hijo ó descendiente legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, no pueda suceder con los hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres y abuelos ni abintestato ni ex testamento, á no ser que sus padres y abuelos les quisiesen mandar de lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes, de que podian disponer por su alma. Que en suceder á los otros parientes, y en las honras y preeminencias que tienen los hijos legítimos no se diferencien los legitimados por rescripto del Príncipe, de los nacidos de legítimo matrimonio en cosa alguna.

2 Es la legitimacion un acto por el que se finje que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio, cuya definicion propone Heineccio en las *Reelectiones in elementa juris civilis*, cap. 10, lib. 1.º *Institutionum*, §. 166, donde manifiesta que este acto no es legítimo por no haber sido inventado por los juriconsultos, fundados en las doce tablas, que no exijian solemnidad alguna.

3 Tres son los modos de legitimar, y siguiendo el órden cronológico son los siguientes: por subsiguiente matrimonio; por oblacion á la curia, y por rescripto del Príncipe.

4 En el siglo IV de la Iglesia estableció el Emperador Constantino Magno que los hijos naturales habidos de concubina que por otra parte no fuere de infame condicion, se legitimasen por el subsiguiente matrimonio de los padres. Aunque la ley de Constantino no se halla en el código de Justiniano, el Emperador Zenon hace mencion de ella en la ley 5.ª, cap. *de naturalibus liberis*, y Justiniano en el principio de la novela 89.

5 Renovando el Emperador Zenon la ley del Emperador Constantino, ordena que los que al tiempo del establecimiento de la ley no habian tenido sucesion de sus concubinas no pudiesen gozar del beneficio de ella, de que infiere Heineccio *in antiquatum romanum sintagm.* lib. 1.º, cap. 10; *Institutionum*, §. 23, que no quiso Constantino estender su constitucion á los que despues habian de nacer de las concubinas, sino únicamente á los que ya habian nacido de ellas, á fin de estimular con este privilegio á los que vivian en el concubinato á contraer legítimo matrimonio.

6 El Emperador Anastasio estendió el beneficio de los Emperadores Constantino y Zenon á todos los que en lo sucesivo tuvieren hijos de concubinas, ley 6.ª, *eodem, tit.*, cuyo beneficio restringió posteriormente el Emperador Justino, reduciéndolo á los términos prescriptos por los Emperadores Constantino y Zenon, ley 7.ª, cap. *eodem, tit.*

7 El Emperador Justiniano por último hizo general la legitimacion por el subsiguiente matrimonio á todos los que en la actualidad tenian concubinas y á los que las tuvieran en lo sucesivo, ley 10 y 11, C. *eodem, tit.*, y la novela 12, C. 4, la 18, C. 11, y la 74, y aunque en casi todos estos lugares exija los instrumentos dotales ó nupciales, estos no pertenecen á la substancia de la legitimacion, y únicamente fueron signo de legítimo matrimonio, como lo demuestra Cujacio en el libro 13, Observ., cap. 4.º

8 Siguiendo Alejandro III las disposiciones del derecho civil estableció en el derecho canónico la legitimacion por el subsiguiente matrimonio, y asi dice en el capitulo 6.º, *qui filii sint legitimi*: *Tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.*

9 Nuestro Rey don Alonso, conformándose con el derecho canónico, copia en la ley 1.ª, tít. 13, partida 4.ª la resolucion del cap. canónico citado.

10 Síguese en órden la legitimacion *per oblationem curiæ*, la que estableció al principio del siglo V Teodosio el jóven, como se advierte de la ley 3.ª, C.º 4. Disponia esta constitucion que si alguno ofrecia á la curia su hijo ó hija natural para

que aquel fuese recibido en el órden de los decuriones, ó esta se casase con alguno de ellos, por el mismo hecho dejasen de ser naturales y se tuvieran por legítimos, y esto sucedia aun en el caso de que el padre tuviese hijos legítimos, ley 9.ª, §. último, C. *de naturalibus liberis.*

11 Entran á examinar los autores cuál fue la causa que movió al Emperador Teodosio á conceder este privilegio á los curiales ó decuriones. Thomasio, citado por Heineccio en el lugar referido, §. 24, es de sentir que el deleite, ambicion y avaricia inclinaba mas á los hombres á las dignidades y milicia de palacio, que á los cargos laboriosos, cual era el de los curiales por las obligaciones que contraían estos y por las espensas que habian de hacer en los espectáculos que daban al pueblo. Heineccio, aunque no refuta esta opinion, antes bien en cierto modo la aprueba, es de sentir que la razon mas inmediata se ha de tomar de la misma condicion de los curiales. No se hacian estos decuriones inmediatamente que se ofrecian á la curia, sino que se ascribian á esta y la servian á costa de sus propias facultades, como lo manifiesta la ley 4.ª, *eodem, tit.*, y la 50, 55 y 64, C. *de decurionibus.* De aqui era que ni podian servir en la milicia, ni aun vivir en el campo fuera del municipio, por estar adscritos á la curia, como los que lo estaban al fundo ó predio. Siendo, pues, los oblatos á la curia en cierto modo de condicion adscripticia, ni tenian otra esperanza de honor que el del Decurionato, que á la verdad era poco lucroso, no es de maravillar, dice Heineccio, que fuesen tan pocos los que se moviesen á solicitar la espléndida miseria de los curiales, que no se hiciese necesario estimular con un privilegio á los hijos ilegítimos para recibir en algun tiempo el Decurionato.

12 Las leyes de partida, que por lo comun no se separan del derecho comun, no solo adoptaron la legitimacion *per oblationem curiæ*, sino que la estendieron á los que se empleaban en los cargos de palacio, ley 5.ª, tít. 15, partida 4.ª, por lo que vino la legitimacion, no solo á ser aliciente para los que se empleaban en cargos gravosos, sino tambien á los que estaban dedicados á los empleos honoríficos de la corte y del servicio del Príncipe, sin embargo que por las costumbres de España no se acredita que los empleados en el servicio de algun concejo de lugar, villa ó ciudad, tuviesen como los curiales de los romanos que costear los espectáculos públicos.

13 Dos son los modos que las leyes de partida proponen para hacer la legitimacion *per oblationem curiæ.* Uno cuando el padre ofrecia al hijo, y el otro cuando el hijo se ofrecia él mismo. En el primero bastaba que el hijo no contradijese para que la legitimacion fuese válida, aunque el padre tuviese hijos de muger legítima, con tal que la madre del legitimado no fuese sierva, ley 5.ª, partida 4.ª En el segundo modo era necesario que el padre no tuviese hijos legítimos para que fuera válida la legitimacion del que por sí mismo se ofrecia, ley 8.ª, partida 4.ª

14 El tercero y último modo de legitimacion es el que se hace por rescripto del Príncipe, lo que se verifica cuando el padre no teniendo sucesion legítima, ni pudiéndose casar con la concubina por haberse muerto, ó por ser de baja estraccion ó costumbres indecentes, suplica al Príncipe legitíme á su hijo natural, y el Príncipe lo concede por su rescripto, como consta de la auténtica *Præterea*, C. *de naturalibus liberis*, y de la novela 74, C. 2.º, y de la 89, C. 9.º

15 Este modo de legitimar lo estableció el Emperador Justiniano, como lo persuaden las leyes citadas, sin que se hallen vestigios de él en las de los anteriores legisladores. Consiguiente á este modo de legitimar se introdujo la legitimacion por testamento, y es cuando el padre en su testamento instituyó por heredero á su hijo natural, ó manifestó en él que deseaba se le concediese la legitimacion, la que solicitándose por el hijo, y exhibiendo el testamento que acredita la voluntad del padre, se le concede por el Príncipe el beneficio de la legitimacion, novela 89, C. 10. Esta legitimacion se aprueba por la ley 6.ª, tít. 15, partida 4.ª

16 Tambien habia otro modo de legitimar, llamado por abrogacion, por el que se legitimaban los hijos naturales que se abrogaban, segun lo estableció el Emperador Anastasio en la ley 6.ª, C. *de naturalibus liberis*; pero el Emperador Justino lo abolió en la ley 7.ª, *eodem, tit.* y con razon segun Heineccio *in antiquitatum romanarum sintagm.* lib. 1.º, tít. 10, lo que aprobó despues Justiniano, novela 89, C. 7.º, y en la 74, C. 3.º

17 Dirigiéndose la ley de Toro á tratar de la legitimacion por rescripto del Príncipe, conviene manifestar nuestras antiguas leyes que tratan y disponen acerca de ella. La ley 17, t. 6.º, lib. 3.º del fuero real, dispone que el Príncipe pueda hacer legítimo al hijo que no es de bendicion para que pueda heredar como si fuese de muger legítima, asi como el Papa en lo espiritual puede legitimar al que no es legítimo para recibir órdenes y obtener beneficios. Lo mismo ordena la ley 4.ª, T. 15, P. 4, espresando que asi como el Príncipe no puede dispensar á los ilegítimos en las cosas pertenecientes á la jurisdiccion espiritual, tampoco pueda el Papa dispensar con los que no son de su jurisdiccion temporal para obtener cosas temporales en territorio del Príncipe.

18 Habiendo tratado de los modos y causas de la legitimacion, se sigue tratar de los efectos. Todo hijo legitimado se tiene por legítimo y le competen los derechos de tal pudiendo suceder á su padre tanto abintestato como ex testamento, y se manifiesta del cap. 3.º y 8.º, *Damus habere successiones illas quas habent, eis qui ab initio legitimi sunt*; de la novela 89, y el C. 2, de la novela 74, *ibi ut sub potestate ejus consistant, nihil à legitimis filiis diferentes.* Lo mismo persuaden el §. 2, *institut. de hereditatibus quæ abintestato defer.*: y el §. último *de nuptiis*, con la correccion que refiere Heinecio en las notas á Vinnio. Esto mismo confirma la ley 9.ª, tít. 15, P. 4.ª, y la 9.ª, tít. 18, P. 3, que refiere la forma de la escritura de legitimacion y los derechos que por ella se adquieren, debiéndose entender este derecho de suceder con los legítimos tanto en el caso de que estos hayan nacido despues del legitimado como antes, segun lo persuade la ley 5.ª, C. *de suis et legitimis liberis*, que habla del caso de la adopcion, cuya consecuencia rige para el de la legitimacion, y asi dice Gomez al número 68 que es mas comun esta opinion, aunque despues la ha corregido la presente ley de Toro.

19 Siendo esta la opinion mas comun por derecho civil, era consiguiente se hallase confirmada por nuestro derecho real de partidas, y así dispone la ley 9.ª citada que los legitimados por cualquiera de los tres modos que deja referidos sucedan con los legítimos por iguales partes abintestato, esceptuando únicamente el que por sí mismo se ofrece á la curia. La generalidad con que habla esta ley dá bastantemente á entender que su decision comprende igualmente ambos casos de que el legitimado haya precedido á los legítimos, ó estos á aquel.

20 Este derecho de suceder con los legítimos que competia á los legitimados no era general y constante para todos los grados, antes bien variaba segun los modos de legitimar.

21 Los legitimados *per oblationem curiæ* solamente suceden al padre abintestato, pero no á los ascendientes y parientes del padre, ni estos suceden al legitimado abintestato, aunque pueden ser mutuamente herederos unos y otros ex testamento, número 89, C. 4.º Sin embargo de que pueden suceder á su padre ex testamento, no pueden recibir mayor porcion que la que diese al que menos de sus hijos legítimos ley 9.ª, §. último C. *de naturalibus*, y la novela 89, C. 3.

22 Los legitimados por el subsiguiente matrimonio eran reputados por legítimos, y concurrian á la herencia de sus padres, no solo con los que posteriormente habian nacido del matrimonio, ley 10, C. *de naturalibus*, sino tambien con los que antes habian nacido de otro matrimonio legítimo, novela 12, C. 4, lo que no sucedia en tiempo del Emperador Zenon, por cuya constitucion, que es la ley 5.ª, C. *de naturalibus*, únicamente se concedia la facultad de legitimar por subsiguiente matrimonio al padre que no tenia hijos de muger legítima.

23 Como en la ley 10 citada se habia dispuesto que los legitimados concurriesen á la herencia con los que habian nacido despues del mismo matrimonio, empezaron algunos á interpretar esta ley limitando su disposicion al caso de que hubiera tenido hijos del mismo matrimonio, y estos no hubiesen muerto antes de que heredasen los legitimados, por lo que tuvo Justiniano que declarar en la ley 11, *eod. tít.* y en el §. 2, *Institutionum de heredibus qui abintestato defer.*, que tanto en el caso en que los legitimados no hubiesen tenido posteriormente hermanos legítimos del mismo matrimonio, como en el de haberse muerto, fueran los legitimados herederos abintestato y ex testamento de sus padres.

24 Siendo admitidos los legitimados por subsiguiente matrimonio á la herencia

de sus padres con los legítimos, era consiguiente que tambien fuesen herederos con los mismos de sus ascendientes y colaterales, como lo eran los legítimos siguiendo el órden de succesion que estableció Justiniano en la novela 118.

25 La legitimacion por rescripto del Príncipe solo podia tener lugar cuando el padre carecia de hijos legítimos, segun la novela 89, C. 9, y por tanto era consiguiente que los legitimados por rescripto no concurriesen con los legítimos, pero sin embargo la práctica que, segun Heinecio en las Reelecciones lib. 3.º, *Institutionum* tít. 1.º §. 748, se observa en este punto se reduce á que si los legitimados no lo son para suceder nada perciben de la herencia de sus padres; si lo son para este fin heredan, no habiendo legítimos, y caso de que los haya no deben ser estos perjudicados en sus legítimas, las que les deben quedar íntegras, cuya práctica dice carece de texto espreso.

26 Sin embargo de esta práctica que refiere Heinecio, como por la ley 5.ª, C. *de suis et naturalibus* ya citada, los hijos adoptivos suceden con los hijos naturales del padre adoptivo nacidos antes ó despues de la adopcion, parece que siguiendo esta regla se debe decir lo mismo de los legitimados por rescripto; no obstante esto la opinion mas fundada es que los legitimados por rescripto no sucedan con los legítimos que habian nacido ó estaban concebidos al tiempo de la legitimacion, á no ser que en el rescripto se esprese que los legitimaba, aunque hubiera legítimos, y en perjuicio de estos, como lo afirma Matienzo citando á otros en la glosa 7.ª, número 2.º de esta ley, y Gregorio Lopez, ley 9.ª, tít. 15, partida 4.ª, glosa 2.ª Lo mismo viene á decir Gomez al número 67, fundado en que el Príncipe tiene facultad para disminuir la legítima, y lo repite Tello en el número 4.º, distinguiendo los dos casos de cuando el Príncipe legitíma general y absolutamente, y cuando espresamente legitíma para suceder con los legítimos nacidos ó por nacer, diciendo que en el primer caso el legitimado no sucede con los legítimos nacidos, y en el segundo que se debe observar el rescripto.

27 Siempre que los legitimados por rescripto sucedian á sus padres heredaban tambien á sus abuelos y consanguíneos del mismo modo que los legítimos, como lo persuaden las palabras que se han referido arriba de los capítulos 3.º y 8.º de la novela 89, la cual solamente restringe el derecho de poder heredar al padre el legitimado *per oblationem curiæ*, como se vé en el capítulo 4.º

28 Por nuestro derecho Rel de las partidas dividian los legítimos la herencia de su padre con los legitimados, cuya disposicion consta de la ley 9.ª, tít. 15, partida 4.ª, de la que se esceptúan los hijos que ellos mismos se ofrecen al servicio del Emperador, ó Rey, ó Concejo de alguna ciudad ó villa, ó cuando la hija natural se casa con oficial de alguna ciudad ó villa, que en dichos casos teniendo el padre hijos legítimos no se legitimarán los que de este modo se ofrecen al Emperador &c., ni serán admitidos á la herencia con los legítimos segun la ley 8.ª y 9.ª, tít. 15 de la citada partida. Esta disposicion la entiende Palacios Ruvios en la presente ley número 7, del caso en que la legitimacion se hizo teniendo hijos legítimos, y lo mismo afirma Gregorio Lopez en la glosa 2.ª, *si los obieren*, donde manifiesta que en virtud de la ley de partida heredaban los legitimados con los legítimos, hubiesen nacido antes ó despues de la legitimacion.

29 Las leyes del fuero real no convenian en este punto con las de partida, pues disponian que los hijos adoptivos ó legitimados no entrasen á partir la herencia con los legítimos que hubiesen nacido despues de la adopcion ó legitimacion, ley 1.ª, título 22, lib. 4.º del fuero real, y la 5.ª, tít. 6.º, lib. 3.º *eodem tít.*, las cuales leyes irritaban y anulaban las legitimaciones por sobrevenencia de los hijos legítimos.

30 Conferenciando los que intervinieron en la formacion de la presente ley de Toro sobre si habia de regir la disposicion de la ley citada de partida ó la de las leyes del fuero real, dice Palacios Ruvios al número 9.º, (que fue uno de ellos), que despues de largas altercaciones, finalmente todos se conformaron en elegir un medio por el cual ni en el todo subsistiese la legitimacion, ni se revocase en todo, porque como la legitimacion del Rey produzca dos efectos en el legitimado, el uno dirigido á purgar la nota de la ilegitimidad, y sea capaz de los honores, dignidades y oficios, de lo que ningun perjuicio se les seguia á los legítimos que hayan nacido despues, por esto nos pareció justo que la legitimacion en cuanto á esto quedase ilesa al legi-

timado. El segundo efecto de la legitimacion es habilitar al legitimado para suceder en los bienes de los padres, de los consanguíneos y de otros. En la sucesion de los padres resulta perjuicio á los hijos legítimos y naturales que nacieron despues, lo que no sucede en la sucesion de otros, por cuya razon se modifica dicha legitimacion en cuanto á la sucesion de los padres y ascendientes, para que no perjudique á los legítimos y naturales, quedando ilesa la legitimacion en la sucesion de los demas, habiéndonos movido para esta resolucion la ley 5.ª, tít. 6.º, lib. 3.º del fuero real, que en realidad quiere lo mismo que se ordena por esta ley, persuadiéndolo tambien la ley 1.ª, tít. 22, lib 4.º del fuero real, que dispone lo mismo en los hijos adoptivos, sobreviniendo los hijos naturales y legítimos. Hasta aqui Palacios Ruvios.

31 Este mismo autor dice en el número 7.º que la presente ley de Toro no corrige las leyes del derecho civil y de las partidas, que ordenaban que los legitimados concurriesen á la herencia con los legítimos, porque estas leyes hablaban del caso en que teniendo el padre hijos legítimos legitimaban á un ilegítimo, en cuyo caso se veia que lo queria hacer igual en todo con los legítimos, y la ley de Toro se limitaba á disponer en el caso de que á uno que no tenia hijos legítimos despues de haber legitimado á su hijo ilegítimo le nacian hijos legítimos, mandando que por la sobrevenencia de los hijos legítimos se revoque y anule la legitimacion del legítimo.

32 Esta opinion de Palacios Ruvios de que habiendo legítimos al tiempo de la legitimacion del ilegítimo suceda este con ellos en la herencia de sus padres por derecho civil, deberá entenderse cuando espresamente lo legitíma absoluta y generalmente, segun la distincion que queda referida de Gomez, Matienzo y Tello.

33 Gregorio Lopez en la glosa 2.ª de la ley 9.ª, tit. 15, partida 4.ª, conforme con la opinion de Palacios Ruvios en cuanto á la ley de partida, se propone la duda si sucederá el legitimado con los legítimos que habia al tiempo de la legitimacion en virtud de la ley de partida, y responde que debe suceder con ellos, sin que se haya derogado en esta parte la ley de partida por la de Toro, que únicamente dispone para el caso en que despues de la legitimacion naciesen los legítimos. Pero Acevedo al número 32 de la ley de Toro afirma que el legitimado no debe suceder con los legítimos que habia al tiempo de la legitimacion, á no ser que el que impetraba la legitimacion hiciese espresa mencion de los legítimos, para que les perjudicase la legitimacion, porque en perjuicio de tercero se presume que el Príncipe nada quiere disponer, y asi infiere que la presente ley de Toro lo mismo ha dispuesto en el caso que hubiese hijos legítimos al tiempo de la legitimacion, como en el que nacieron despues, porque en uno y otro caso se ha de presumir que el Príncipe no quiso perjudicar á los legítimos, si espresamente no lo manifiesta, de forma que la cláusula *sin perjuicio de los legítimos* quiere Acevedo que se suponga, aunque no se esprese; pero sin embargo aconseja que se esprese dicha cláusula para evitar pleitos, y que no se crea que la ciencia ó noticia del Príncipe de que habia legítimos al tiempo de la legitimacion era suficiente para presumir les quiso perjudicar con la legitimacion; y por último añade que asi se ha de entender la glosa de Gregorio Lopez á la ley 9.ª citada, pues de otro modo se entenderia mal la ley de Toro, la que no quiso que se limitase su disposicion, sino antes bien disponer en el caso mas dificil, cual era el de la ley 5.ª, capítulo *de suis et legitimis heredibus*, en virtud de la cual el legitimado sucedia con los legítimos que habian nacido despues, cuya disposicion corrigió la ley real.

34 Esta opinion de Acevedo, que coincide con la de Gomez, Tello y Matienzo citados, me parece mas fundada que la de Palacios Ruvios y Gregorio Lopez, y es la razon porque mas fundado es el derecho que tienen los hijos legítimos naturales que los que han de nacer despues, á que no se les perjudique en su legítima por el legitimado, y asi vemos que habiendo hijos legítimos no tenia lugar la legitimacion por derecho civil; y disponiendo la ley real espresamente que no perjudique la legitimacion á los legítimos que hayan de nacer despues, con mayor razon se ha de presumir quiso se observase la misma disposicion con los que estaban ya nacidos. Para persuadir esta verdad pueden aplicarse los fundamentos que propone Gomez al número 63 para probar qué el legitimado por el subsiguiente matrimonio no perjudica en la sucesion de un mayorazgo al legítimo de otro matrimonio anterior á la legitimacion.

35 Tanto los legítimos como los legitimados por el subsiguiente matrimonio que sobrevinieren despues, ordena la presente ley que escluian á los legitimados por rescripto de la herencia de sus padres y abuelos, bien sea abintestato ó ex testamento, á no ser que se les mandase por sus padres algo de lo que cabe en la quinta parte de sus bienes; en lo que esta ley se debe considerar correctoria de lo que dispone el derecho civil, segun la opinion de Matienzo que se ha referido, y en especial de la ley 5.ª, C. *de suis et legitimis heredibus* ya citada.

36 Siguiendo la presente ley la disposicion del derecho civil conserva por último á los legitimados por rescripto el derecho de suceder á los demas parientes abintestato y ex testamento, haciéndolos participantes de todos los honores que gozan los legítimos, segun la novela 89, cap. 11, §. 2.º *Nam sicut in cœteris ab initio legitimis, oportet etiam in his fieri succesiones.*

37 La ley 9ª, tít. 15, partida 4.ª espresamente habla de las honras que gozan los legitimados, y dice así: "E azenles nacer otra pró de la legitimacion, cá pueden ser cabidos á todas las honras, é á todos los fechos temporales tambien como los otros fijos que nascen de las mugeres legítimas."

38 Con motivo de esta ley de partida y de la presente de Toro entran á examinar los autores nacionales si el legitimado en virtud de la legitimacion goza de la nobleza del padre, en cuanto á la exencion de tributos, cuando en la legitimacion no se ha hecho mencion de la nobleza del padre.

39 El fundamento de esta duda es la ley 12, tít. 2.º, lib. 6.º de la Recopilacion; en ella declara el Emperador don Carlos V que por las legitimaciones hechas de personas que no eran legítimas, cuyos padres pretenden ser hidalgos, no sean exentos los legitimados de los pechos, servicios y contribuciones como si fueran habidos de legítimo matrimonio, porque su voluntad nunca fue ni es que las tales legitimaciones se estiendan ni entiendan que por ellas se escusen de cualesquier pechos, servicios y contribuciones á que eran obligados, y debian pagar antes que fuesen legitimados, y que así se observe en los pleitos que ocurrieren.

40 Don Felipe II en la ley 2.ª, tít. 11, lib. 2.º de la Recopilacion confirmó la antecedente ley mandando que por virtud de las cartas ó privilegios de legitimaciones que por él ó por los Reyes que despues de él sucedieren se concedieren á algunos hijos ilegítimos, no se entiendan ni estiendan ni por virtud de ellas se determine, aunque por las palabras de ellas se fagan hijos legítimos, á que hayan de gozar de hidalguía, ni de esencion de pechos, de que antes de las tales legitimaciones, no teniéndolas, no podian ni debian gozar.

41 Hasta aqui la ley, cuyas palabras he referido para que mas claramente se vea que por la legitimacion ni goza de la hidalgía ni de la escepcion de pechos y tributos el que antes de ella ni era hidalgo ni estaba exento de contribuciones.

42 En virtud de estas leyes cree Gutierrez y otros que cita Acevedo al número 47 que está derogada la presente ley de Toro, de cuya opinion se separa el mismo Acevedo, y afirmando que la disposicion de las leyes de Carlos V y Felipe II se ha de limitar á las legitimaciones que hacen de los hijos espurios, pero no á la de los naturales. Esta esposicion se halla fundada en las mismas leyes citadas, que espresamente ordenan que por la legitimacion ni se haga hidalgo ni se exima de contribuciones el que antes no lo estaba; y como los hijos naturales sin el beneficio de la legitimacion gozaban la hidalguía de sus padres, segun la ley 1.ª, tít. 11, partida 7.ª, se sigue de aqui que las leyes citadas no hablan de estos, pues como observa el mismo Acevedo, se verificaria de lo contrario que los hijos naturales legitimados serian de peor condicion que antes de legitimarse.

43 Que los hijos naturales gocen de la hidalguía de sus padres, y se eximan de pechos y contribuciones lo afirma Covarrubias, como testigo de la práctica que en su tiempo se observaba en la Chancillería de Granada, *de matrimonio*, partida 2.ª, capítulo 8.º, §. 4.º, número 9.º, en donde espresa que aunque no hubieran nacido los hijos de concubina que se tuviera en la casa, cuya condicion se requeria por la ley de partida, se reputaban y eran tenidos por naturales, sin duda en virtud de la disposicion de la ley 11 de Toro.

44 Por tanto dice Acevedo que la presente ley de Toro no está corregida en cuanto á los hijos naturales por las dos leyes citadas, cuya opinion me parece la mas fundada, debiéndose entender corregida la

ley en cuanto á las legitimaciones de los otros hijos que no son naturales.

45 Para la inteligencia de esta materia se ha de tener presente la advertencia que hace Tello al número 8.º, y es que para que tenga lugar la legitimacion por rescripto y sea válida, no ha de poder usarse de la que se hace por el subsiguiente matrimonio por haber muerto la madre, ó por ser de tales circunstancias que sin nota no pueda casarse con ella, de otro modo la legitimacion por rescripto no producirá efecto alguno por no ser impetrable ni conciliable, á no ser que el Príncipe espresamente dispense, y por falta de este requisito afirma el mismo Tello que se inutilizan muchas legitimaciones.

46 De este principio dimana la diferencia que hay entre legitimacion y dispensacion. La legitimacion tiene por objeto aquellos hijos que son habidos de padres entre quienes podia contraerse el matrimonio sin que mediase impedimento. La dispensacion se dirige á los hijos, cuyos padres no pueden contraer matrimonio por estar inhabilitados por algun impedimento de derecho civil ó canónico, y en tal caso no conseguirá el hijo dispensado mas derechos que los que espresamente se le concedan en la dispensa, como lo afirma Matienzo en la ley 10, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 1.ª, número 2.º

47 Los otros requisitos de la legitimacion se reducen á que se haga á instancia del padre y con consentimiento del hijo. Tambien podrá hacerse á peticion del hijo contra la voluntad del padre, pero en tal caso no conseguirá los derechos de sucesion á la herencia del padre, pero sí los de preeminencias y honras de legítimo. Ultimamente se requiere que el padre que impetra la legitimacion haga presente al Príncipe si tiene hijos legítimos, pues callando esta circunstancia la legitimacion será nula, como lo afirma Acevedo al número 52, donde propone estos requisitos y algunos otros que se podrán ver en el mismo.

Ley XIII de Toro; es la 2.ª, tít. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Por evitar muchas dubdas que suelen occurrir cerca de los hijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó si son abortivos. Ordenamos é mandamos que el tal fijo se diga que naturalmente es nascido, é que no es abortivo cuando nasció vivo todo, é que á lo menos despues de nascido vivió veinte é cuatro horas naturales, é fue baptizado antes que muriese, é si de otra manera nascido murió dentro del dicho término, ó no fue baptizado, mandamos que el tal fijo sea habido por abortivo, é que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes; pero si por el absencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nasció en tiempo que no podia vivir naturalmente, mandamos que aunque concurran en el dicho fijo las calidades susodichas que no sea habido por parto natural ni legítimo.

COMENTARIO

á la Ley 13 de Toro.

1 Dispone la presente ley que para que el hijo sea naturalmente nacido y no abortivo haya de nacer todo vivo y permanecer veinte y cuatro horas naturales, y que se le bautice antes de morir; porque si naciendo de otro modo murió dentro de las veinte y cuatro horas, ó no se le bautizó, dicho hijo será habido por abortivo y no podrá heredar á sus padres ni á sus ascendientes; que si por la ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nació en tiempo que no podia vivir naturalmente, no sea habido el parto por natural y legítimo, aunque concurran en el hijo las cualidades espresadas.

2 La disposicion de esta ley comprende dos partes: en la 1.ª establece la regla que debe seguirse para conocer si el hijo es naturalmente nacido ó abortivo; y en la 2.ª propone una escepcion de la regla; de una y otra hablaré con separacion, segun exige la claridad y el órden; pero antes debo advertir muy particularmente que en la presente ley no se trata de averiguar si los hijos son legítimos, espurios ó adulterinos, sino de examinar si son ó no naturalmente nacidos; lo que me ha parecido prevenir porque algunos de nuestros escritores no se han limitado al caso de que habla la ley, que como se ha dicho, únicamente está reducido á si el hijo es ó no naturalmente nacido; y en el nacimiento natural es bien sabido que no se distinguen los ilegítimos de los legítimos; á mas de

que las leyes anteriores á estas han tratado con especificacion y claridad de los hijos espurios y puramente naturales.

3 Tres cualidades quiere la ley que concurran en el hijo para que sea tenido por naturalmente nacido y no abortivo: que haya nacido vivo todo, que haya vivido veinte y cuatro horas, y que haya recibido el bautismo. Estas tres cualidades se requieren copulativamente, y asi cualquiera de ellas que falte, deberá tenerse el hijo por abortivo para no poder heredar los bienes de su padre.

4 Veamos lo que se observaba por derecho civil en este punto: en la ley 12 ff. *de liberis et posthumis heredibus instituendis* se disponia que si el hijo nacia vivo, aunque no enteramente, rompia el testamento de su padre, y se hacia su heredero. En la ley 2.ª C. *de posthumis heredibus instituendis*, suponiendo que por el aborto de la muger no se rompia el testamento del padre, se ordena que por el nacimiento del póstumo pretérito, aunque inmediatamente muera, quede inútil y roto el testamento del padre.

5 Queriendo el Emperador Justiniano declarar la duda que se suscitaba entre los jurisconsultos acerca de si el que nacia despues de la muerte de su padre y moria inmediatamente sin haber llorado ó dado voz alguna, debia tenerse por heredero de su padre rompiendo su testamento, decidió, siguiendo la opinion de los Sabinianos, que en tal caso se rompia el testamento del padre, como sucedia si hubiera nacido mudo, con tal que naciese íntegra y perfectamente vivo, aunque inmediatamente muriese en manos de la partera y no degenerase en monstruo ó prodigio.

6 Deseando, igualmente que Justiniano, el Rey Godo Recesvinto fijar la regla que debia seguirse en este punto, dispuso en la ley 19, tít. 3.º, lib. 4.º del fuero juzgo, que para que el hijo que nacia despues de la muerte de su padre pudiese heredar los bienes de este, debia haber sido bautizado y vivir por espacio de diez horas. Esta ley no se halla en los ejemplares latinos, manuscritos ni impresos; lo que hace sospechar que se insertó en el fuero juzgo al tiempo de traducirse al castellano. El mismo requisito del bautismo exigió la ley 3.ª, tít. 6.º, lib. 3.º del fuero real, para que el hijo nacido despues de la muerte de su padre pudiese ser su heredero, sin fijar el tiempo que debia vivir, advirtiendo únicamente que si moria despues de bautizado, lo heredase su madre.

7 Con presencia al parecer de las disposiciones del derecho civil y real que se han citado, formaron los Reyes católicos la presente ley, tomando y añadiendo lo que tuvieron por conveniente, y establecieron que para que el hijo se tuviese por naturalmente nacido y no abortivo, habia de nacer enteramente vivo, recibir el bautismo, y vivir por lo menos veinte y cuatro horas, debiendo concurrir estas cualidades copulativa y simultáneamente: de forma que no bastaba que el hijo naciese enteramente vivo, si no recibia el bautismo y moria despues de las veinte y cuatro horas; ni que recibiese el bautismo y viviese mas de veinte y cuatro horas, sino habia nacido enteramente vivo.

8 El requisito del bautismo establecido por la ley del fuero juzgo, y repetido por la del fuero real, y confirmado por la nuestra, fue sin duda para manifestar que no podia ser heredero de un cristiano otro que no lo era, ó no habia recibido el bautismo; y el término de la vida, que lo estendia la ley gótica á diez dias, lo redujo la nuestra al de uno, ó al de veinte y cuatro horas.

9 Establecida la regla contenida en la primera parte de la ley, pasa en la segunda á proponer la escepcion, y ordena que cuando por la ausencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se viene en conocimiento que el hijo nació en tiempo que no podia vivir naturalmente, aunque concurran en él las cualidades anteriormente dichas de haber nacido enteramente vivo, ser bautizado y vivir mas de veinte y cuatro horas, no se tenga el parto por natural y legítimo, esto es, que se considere por abortivo.

10 De los dos términos ó puntos que señala la ley en su escepcion para venir en conocimiento de si el hijo nació en tiempo que no podia vivir naturalmente, el 1.º, esto es, el de la ausencia del marido, se refiere al atraso ó retardacion del parto, y el del tiempo del matrimonio á la anticipacion del mismo, segun se manifestará en la esposicion que voy á hacer. Como la ausencia del marido, por la que quiere la ley que se regule el atraso que ha padecido el parto, surte iguales efectos que la muerte del mismo, porque tan ver-

dadera y cierta es la ausencia de un vivo que se halla distante de un punto ó lugar, como la de un muerto, aunque diferente en el modo, lo que hayan dispuesto las leyes acerca del nacimiento del póstumo deberá regir por igual razon en el hijo nacido en ausencia del padre.

11 En la ley 29, ff. *de liberis et posthumis*, se tiene y declara por válida la institucion de heredero que hiciese el abuelo en un póstumo que naciese dentro de los diez meses próximos á la muerte del padre; de que se deduce que el décimo mes del embarazo no se tiene por contrario y repugnante, sino conforme al espacio de tiempo que una muger puede tener el feto en el vientre, para que el parto sea natural y legítimo. Consiguiente á la disposicion de esta ley, se ordena en la 3.ª, §. 11, ff. *de suis et legitimis heredibus*, que el nacido despues de diez meses de la muerte de su padre no debe ser admitido á la herencia de los bienes del mismo; lo que manifiesta que el retraso de mas de diez meses en el nacimiento no lo considera la ley como compatible con la legitimidad del hijo; y últimamente el Emperador Justiniano en la ley 4.ª, C. *de posth. heredibus instituendis*, declara que la institucion de heredero, hecha á un hijo ó hija que naciese dentro de diez meses de la muerte del padre, era válida, y el nacido no romperia el testamento.

12 El autor de nuestras leyes de partida, conformándose con las disposiciones del derecho civil, establece por regla en la ley 4.ª, tít. 23, partida 4.ª, fundado en la autoridad de Hipócrates, que el tiempo mas largo que una muger puede traer la criatura en el vientre es diez meses; de que infiere que el hijo que naciese en el décimo mes de la muerte del marido seria legítimo, con tal que su marido viviese con su muger al tiempo que murió.

13 De las disposiciones de las leyes que se han citado aparece que el término mas largo á que se puede diferir un parto legítimo y natural es el de diez meses.

14 Veamos ahora las observaciones que han hecho los filósofos y los físicos sobre esta materia: Platon en el lib. 5.º de la República es de parecer que el tiempo mas regular y comun de nacer los hijos es el de diez meses: Aristóteles en el lib. 7.º, capít. 4.º de la historia de los animales, despues de manifestar que á todos los animales les ha prescrito la naturaleza cierto y determinado tiempo, solo al hombre no se le ha señalado, y asi se ve que paren las mugeres en el séptimo, en el octavo y nono mes, y muchas veces en el décimo, y algunas entrado ya el onceno.

15 Hipócrates, en el libro de las Carnes, afirma que el término mas largo á que puede retardarse el parto es de diez meses, y en el libro de la naturaleza de los niños repite lo mismo; de que se ve está conforme con la opinion de Platon y Aristóteles; y aunque el mismo Hipócrates en el libro del séptimo parto, al principio, y en el del octavo admitió los partos de once meses, en el libro posterior limitó y declaró su opinion á que los de once meses se habia de entender que constaban de siete cuarentenas, que era lo mismo que doscientos ochenta dias, que componian nueve meses y diez dias, computados los meses solares; pero segun Pablo Zaquias en sus cuestiones Médico-legales, libro 1.º, tít. 2.º, cuest. 6.ª, número 6.º, debe entenderse que los meses de que habló Hipócrates eran los lunares.

16 Nuestro insigne médico Francisco Valles en el cap. 83 de su erudita obra de la Sagrada Filosofia, proponiéndose esponer el capít. 7.º del lib. 2.º de los Macabeos, en que una madre dice á su hijo que le llevó por nueve meses en su vientre, y el capít. 7.º de la Sabiduría, en que afirma Salomon que en el tiempo de diez meses se formó en el vientre de su madre, despues de referir las autoridades de Aristóteles é Hipócrates en este punto, dice, que no le parece improbable la doctrina de Aristóteles, de que alguna vez se puede retardar el parto hasta entrado en los once meses; y tratando de conciliar los dos lugares de la Escritura, dice, que en uno y otro se afirma lo mismo, porque el nombre de mes una vez se entiende el griego, que es de treinta dias, y otras del lunar, que siempre es menor; de que se infiere que el que nació en el nono mes griego, se verifica que nace en el décimo lunar.

17 Pablo Zaquias en el capít. 6.º del libro ya espresado, en donde se propone tratar del parto que escede de diez meses, despues de referir lo que han dicho algunos filósofos é historiadores en este punto, fija su opinion en que el parto humano ó natural se puede retardar por diez meses y pocos dias mas, limitando estos dias á

diez; y advierte que este número de dias no lo pone por atribuirles alguna virtud particular, sino para manifestar que lo mas que puede retardarse el parto es por diez dias despues de los diez meses naturales. Conviene con esta opinion de Zaquias el hecho que refiere Aulo Gelio en el lib. 3.º, capít. 16 de sus Noches Aticas, sucedido en Roma, de una muger de buenas y honestas costumbres, y nada sospechosa de incontiencia y liviandad, que parió en el onceno mes despues de la muerte de su marido y habiéndose dudado de la legitimidad de su parto por el atraso del tiempo, sospechándose si habia concebido despues de la muerte de su marido á causa de que los Decenviros habian dejado dispuesto que el hombre nacia en el décimo mes y no en el undécimo, el Emperador Adriano tomó conocimiento de este asunto, y determinó que el parto en el onceno mes podia ser legítimo; cuyo decreto dice Gelio que él mismo leyó, y en él espresa el Emperador que habia tomado aquella determinacion, consultadas las opiniones de los antiguos filósofos y médicos.

18 No parece se apartó de este dictámen el Emperador Justiniano, cuando en el capít. 2.º de la novela 39 declara que el nacido despues del onceno mes de la muerte de su padre no se ha de tener por legítimo, y que la madre debe perder la donacion antenupcial, tanto en cuanto á la propiedad, como en el usufructo, y sufrir las demas penas como si se hubiera celebrado el matrimonio antes de completarse el tiempo del luto, pues Adriano admitia el parto como legítimo dentro de los once meses, y Justiniano lo reprueba despues de este término.

19 De todo lo cual debe inferirse que asi por las disposiciones de las leyes, como por la opinion de los autores, el que nace al principio del onceno mes debe reputarse por naturalmente nacido; pero si se retarda hasta mediado del mismo, no se debe tener por legítimo y natural; y asi el nacido, aunque nazca vivo todo, sea bautizado, y viva por mas de veinte y cuatro horas, se tendrá por abortivo con arreglo á la presente ley, no obstante que la ley de partida es tan rígida en este punto, que solo con que el hijo nazca un dia despues del décimo mes de la muerte de su padre, no quiere que se tenga por legítimo.

20 Hemos visto el espacio de tiempo que ha de mediar entre la ausencia del marido y el parto, segun la disposicion de las leyes y opiniones de los autores, para tener á este por retardado y tardío, y al hijo por abortivo. Entremos á examinar ahora el periodo de tiempo que ha de transcurrir entre el casamiento y el parto, que es el otro estremo que abraza la escepcion de la disposicion de la ley, y á que quiere se atienda para regular el parto precoz ó anticipado, y al hijo como naturalmente nacido; y siguiendo igual órden al que he observado en los partos retardados, referiré las disposiciones de las leyes en este punto, y despues los dictámenes de los autores.

21 En la ley 12, ff. *de statu hominum*, se establece, alegando la autoridad de Hipócrates, que el parto que sobreviene dentro de siete meses se debe tener por perfecto y legítimo, y al hijo por naturalmente nacido para heredar á sus padres. La misma disposicion se contiene en la ley 3.ª, §. 12, ff. *de suis et legitimis heredibus*, espresándose en ella que el que ha nacido ciento ochenta y dos dias despues del casamiento, es legítimo y nacido en tiempo hábil y correspondiente; de cuya disposicion se infiere que los siete meses que se requieren para que el parto sea natural, no es necesario que sean completos, bastando que sean incoados, pues los ciento ochenta y dos dias componen seis meses y dos dias mas.

22 Como por estas leyes son necesarios siete meses, por lo menos incoados, para que el parto se tenga por natural y legítimo, se deduce que cuando en la ley 2.ª, C. *de posthumis heredibus instituendis*, se ordena que el parto de la muger abortivo no rompe el testamento del padre, se debe entender del parto que se anticipó á los ciento ochenta y dos dias del matrimonio.

23 El autor de nuestras leyes de partida, fundado igualmente en la autoridad de Hipócrates, y siguiendo las disposiciones del derecho civil, estableció en la ley 4.ª, tít. 23, partida 4.ª, que la criatura que naciese hasta los siete meses, con tal que se verifique su nacimiento en un dia del seteno mes, se tenga por cumplida y vividera.

24 Por las leyes que acabo de citar se echa de ver que el término mas breve que dispusieron los legisladores debia mediar entre el casamiento y el parto, para que este se considerase natural y legítimo,

y el nacido rompiese el testamento de su padre, fue el de seis meses cumplidos, y algunos dias mas del séptimo.

25 Consultemos los filósofos, fisicos é historiadores para ver cómo han opinado acerca de esta materia. Aristóteles en el número 7.º, capít. 4.º de su Historia de los animales; Plinio en el número 7.º, capítulo 5.º de su Historia natural; Hipócrates en el libro *de carnibus* y en el *de septimestri partu*, y Galeno en el suyo *de septimestri partu*, estan conformes y acordes que el nacido antes del séptimo mes ni es legítimo ni vital.

26 Aulo Gelio en sus Noches Aticas, lib. 3.º, capít. 10, con referencia á la virtud que algunos atribuían al número septenario, la que estendian al nacimiento del hombre, dice que inferian que antes del séptimo mes ningun varon ni muger nacian segun el órden de la naturaleza; y en el cap. 16 del mismo libro afirma que hasta el séptimo mes rara vez se verifica el nacimiento del hombre.

27 Pablo Zaquias, que principalmente me sirve de guia en este Comentario, haciéndose cargo en la cuestion 2.ª del libro y obra ya citados que algunos fisicos pretendian que el parto que se verificaba á los ciento setenta y un dias, que componen cinco meses y veinte y un dias, debia tenerse por natural y legítimo, afirma como una cosa cierta é indudable que los que nacen antes del séptimo mes, ni son legítimos, ni vitales, alegando por razon que todo parto inmaturo es abortivo, y siendo inmaturo el que se verifica antes del séptimo mes, se infiere que es abortivo, y por lo tanto dice que estando claras la autoridad de Hipócrates y la sancion de las leyes, que determinan el tiempo de ciento ochenta y dos dias para que el feto sea legítimo y vital, en vano dice que se cansan los que intentan persuadir lo contrario.

28 En confirmacion de esta opinion y sentencia refiere que el Reverendísimo y Excelentísimo don Cintio Clemens, médico de cámara del Papa Paulo V, escribió un consejo muy docto persuadiendo esto mismo, y la Rota Romana determinó la causa con arreglo á su dictámen: de que concluye Zaquias al número 35 de la cuestion citada, que la sentencia mas comun es de que el término mas corto, asignado por Hipócrates, de ciento ochenta y dos dias, y aceptado por la ley, es el mas breve de todos en que puede verificarse el parto sestimestre, afirmando Galeno en el lugar arriba citado, que solo vió uno que nació á los ciento ochenta y cuatro dias.

29 Refiero lo que dicen los facultativos en la materia; pero yo á la verdad no alcanzo cómo ha de ser bastante computar el tiempo que ha pasado desde el casamiento al parto, para inferir los dias precisos y determinados que tiene el feto: es constante, segun los fisicos, que no hay señal cierta y segura del dia de la concepcion, y faltando esta es imposible á mi modo de entender, fijar y asegurar los dias que tiene el feto al tiempo de su nacimiento. Que no haya señal cierta que fije el dia de la concepcion lo reconocen generalmente los fisicos, y cada dia lo acredita la esperiencia, por lo que afirma el mismo Zaquias al número 11 de la cuestion citada, que algunas mugeres dicen y creen que han parido al quinto, sesto ó setimo mes de su embarazo, porque empiezan á contar el tiempo de la concepcion desde la retencion de la costumbre, la que algunas veces continúa uno, dos ó tres meses despues de haber concebido.

30 De lo que queda espuesto acerca del tiempo en que debe verificarse el parto para que el feto se tenga por natural y legítimo segun las leyes y los médicos ó fisicos, se deduce que todo el que nace al cuarto, quinto ó sesto mes despues del casamiento (se escluye el caso en que antes haya intervenido la cópula) no se debe tener por natural y legítimo, aunque nazca vivo todo, se bautize y viva mas de veinte y cuatro horas; deberá reputarse por abortivo, y no romperá el testamento de su padre, atendida la disposicion de nuestra ley. La razon por qué los que nacen á este tiempo se tienen por abortivos, es porque no se pueden nutrir por la boca, segun Zaquias al número 40 de la cuestion 3.ª; y ninguno se debe tener por vital, en dictámen de Galeno, que no pueda alimentarse por la boca.

31 No por esto se ha de tener por regla fija é infalible que ninguno que nazca al quinto ó sesto mes del matrimonio no pueda vivir naturalmente. Gerónimo Huerta, médico de cámara de Felipe IV, traductor y escoliador de la Historia natural de Plinio, haciendo referencia á lo que dice este autor en el libro 7.º, cap. 5.º de su Historia, que el parto de seis meses es imperfecto,

inmaturo y abortivo, y de consiguiente con mas razon el de cinco, afirma que ha visto un parto de cinco meses, y que el feto era vital; y dice lo que sigue. "De esto tenemos ejemplo en una hija de una señora principal de Castilla que nació en nuestros tiempos de cinco meses, y ha vivido mas de catorce años, aunque con debilidad increible.

32 De otro caso muy semejante á este habla nuestro famoso médico Francisco Valles en el cap. 18 de su Sagrada filosofia, en que se hallan casi iguales circunstancias que se encuentran con el referido por Huerta. Dice, pues, que en su siglo nació una niña de cinco meses, y vivió mas de doce años, cuya delicadeza y débil contestura, mayor que la de las mugeres regulares, denotaba que su nacimiento habia sido á los cinco meses, lo que atestiguaban tambien los domésticos.

33 Otro caso semejante á este se verificó en el nacimiento del famoso Fortunio Liceti, hijo de un gran médico, cuya profesion siguió el mismo, y se hizo célebre por las muchas y buenas obras que publicó en varias materias, el que se cuenta de esta manera. Viajando su madre hácia el fin del sesto mes de su preñado, le sobrevino un accidente, y de sus resultas dió á luz un niño que solo tenia un palmo de largo: su padre, como médico, le proporcionó un temple suave en que respirase: dió instrucciones al ama del modo con que habia de preparar el alimento; y por medio de sus cuidados logró que el hijo llegase, no solo á la edad de la adolescencia, sino á una vejez avanzada, como lo refiere Jacobo Capuron en su Curso teórico-práctico *de partos*, 2.ª parte, cap. 1.º, artículo 1.º, lecc. 1.ª, f. 200 de la traduccion de Madrid del año de 1818; y lo mismo se lee en el Diccionario histórico, verbo *Liceti*.

34 Estos casos raros y estraordinarios no destruyen la certeza de la regla establecida por las leyes para regular los partos anticipados y precoces; asi como el que refiere Dionisio Gotofredo en las notas á la novela 39, de una muger que parió á los catorce meses despues de la muerte de su marido, en que el Parlamento de París declaró por natural y legítimo, no falsifica la regla establecida para tener por abortivos los hijos que nacen despues de este tiempo; y otros casos semejantes á este, que trae el ciudadano Francisco Manuel Foderé en su Tratado de medicina legal, tomo 3.º, cap. 2.º, §. 1.º

35 No hago mencion de los jurisconsultos que tratan esta materia, porque nada aumentan á lo establecido por las leyes con arreglo á las observaciones de los médicos y filósofos; pero el que quiera consultar á los juristas puede ver á Fernando Alfonso de Aguila en sus adiciones á don Hermenegildo de Rojas, partida 2.ª, capítulo 4.º, desde el número 86, donde se hallará un largo catálogo de autores juristas que han tratado esta materia.

36 Resumiendo la disposicion de esta ley se reduce á que el hijo que no nace todo vivo, no recibe las aguas del bautismo, y muere antes de las veinte y cuatro horas, se tiene por abortivo para no ser admitido á la herencia de su padre: que el que nace diez meses y medio despues de la ausencia del marido, se debe considerar como abortivo, y es igualmente escluido; lo que debe entenderse con tal que no continúe viviendo algunos dias despues.

37 Que el nacido antes de los siete meses incoados de la celebracion del matrimonio, se debe considerar como abortivo para no suceder á su padre, aunque nazca todo vivo, sea bautizado y viva mas de las veinte y cuatro horas; á no ser que continúe despues viviendo por considerable número de dias; pues tanto cuando el parto se adelanta como cuando se retarda, si el feto se fortalece y vive por algunos meses ó años, no se tendrá por abortivo para los efectos que dispone la ley, como se verificó en los casos estraordinarios que se han referido, porque el abortivo por su esencia lleva consigo el morir á poco de haber nacido, y el que continúa viviendo por considerable tiempo sale de la clase ó condicion de abortivo, y goza de todos los derechos de los demas hijos legítimos.

38 La cualidad de abortivo comprende dos partes: nacer antes de tiempo ó despues del tiempo regular, y que en uno y otro caso muera á poco de haber nacido; y si le falta esta cualidad deja de ser abortivo por mas que por el tiempo del nacimiento lo parezca, asi como por el contrario es tenido por abortivo el que despues de nacido no vive veinte y cuatro horas, aunque el parto haya sido al tiempo natural y comun de los nueve meses. Que el abortivo lleva por su naturaleza el mo-

rir á poco de haber nacido lo manifiesta la misma ley, cuya disposicion se dirige á los hijos que mueren recien nacidos: estas son sus palabras. "Por evitar muchas dudas que suelen ocurrir acerca de los hijos que mueren recien nacidos, si son naturalmence nacidos ó abortivos &c.;" lo que claramente da á entender que su disposicion no se estiende á aquellos hijos que han vivido tanto tiempo que cuando se verifica su muerte no se entiende que mueren recien nacidos.

39 De todo lo dicho se deduce que antes de los siete meses incohados todo feto se tiene por abortivo; que el octimestre, segun los fisicos, por lo regular no es vital, pues como afirma Zaquías en la cuestion 4.ª, número 33, si de mil sietemesinos viven diez, de mil ochomesinos solo viven cinco; y que el de nueve meses cumplidos es natural; y que por lo regular ó mas comun siempre se retarda el feto en nacer algunos dias mas de los nueve meses; y asi afirma Zaquías que el término mas natural del parto es entrados los diez meses, número 2.º, el que puede dilatarse hasta los diez meses y diez dias, segun el mismo autor; el que observa de paso que la Iglesia entre la concepcion de la Santísima Vírgen y su nacimiento deja pasar el trascurso de nueve meses y dos ó tres dias mas, y lo mismo sucede entre la encarnacion del Señor y su nacimiento.

40 Debe advertirse que la disposicion de la presente ley obra igualmente en el caso de que se haya verificado el nacimiento del hijo en virtud de la operacion cesárea, pues si concurren en él las cualidades que la ley prescribe, se tendrá por legítimo y naturalmente nacido, como se declara en la ley 12, ff. *de liberis, et posth. hered.*, en que se dispone que el que nace roto el vientre de su madre es heredero legítimo del padre. Palacios Ruvios al número 21 del Comentario á esta ley, es de dictámen que su disposicion rije igualmente en el caso que los padres del nacido sean solteros; lo que será cierto con respecto á la madre, pero no al padre.

41 Por último, conviene tener presente lo que anteriormente dejo insinuado, que no hay señal cierta que fije el dia de la concepcion del feto, porque la costumbre de las mugeres pueden continuarse uno ó dos meses despues de la concepcion del feto, y anticiparse otro tanto tiempo á la misma, como lo afirma Zaquías, cuest. 2.ª, número 11, y en la 5.ª número 12; de que nace la dificultad de averiguar los meses del parto; la que llega á hacerse casi imposible en el número de dias, á no ser en un caso semejante al que se refiere en el capítulo 38 del Génesis, versículo 18, de Judas con su nuera Tamar.

Ley XIV de Toro; es la 6.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Mandamos que el marido y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez, ó mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero, ó segundo, ó tercero matrimonio, aunque haya habido fijos de los tales matrimonios ó de algunos de ellos; durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron; como de los otros sus bienes propios que no oviesen seido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propriedad ni usofructo de los tales bienes.

COMENTARIO

á la ley 14 de Toro.

1 Ordena la presente ley que el marido y la muger puedan disponer libremente de los bienes adquiridos *constante matrimonio*, aunque se casen segunda, tercera ó mas veces y hayan tenido hijos del primero ó demas matrimonios como si fueran bienes propios suyos y no de ganancia, sin tener que reservar á los hijos propiedad ni usufructo de tales bienes.

2 Como la presente ley solamente habla de los bienes adquiridos constante matrimonio, con razon dice Tello Fernandez en el número 1.º que son supérfluas é importunas las varias cuestiones que deducen nuestros espositores del tít. *de secund. nupt.* C. y en especial de la ley 3.ª, la que únicamente trata de los bienes que adquiere la muger ex matrimonio, título lucrativo, los cuales dispone la ley se reserven á los hijos del primer matrimonio caso que pase á contraer segundas nupcias. De donde infiere no se deroga esta disposicion del derecho comun por la presente ley de Toro, que habla de los bienes adquiridos constante matrimonio, título oneroso, de los cuales por ninguna ley del derecho civil se le impedia á la madre la libre disposicion.

3 Que los bienes adquiridos constante matrimonio provengan del trabajo é industria de los contrayentes, y de consiguiente que no se tengan por adquiridos, título lucrativo, sino oneroso, lo afirma Palacios Ruvios en el número 5.º de la presente ley, donde manifiesta asistió á su formacion, y que instó para su resolucion, lo cual ya habia él mismo aconsejado antes, Covarrubias *de Matrimonio*, parte 2.ª, cap. 3.º, §. 9.º, número 9.º, á quien sin razon nota, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 2.º Avendaño, glosa 2.ª, número 4.º, y Acevedo, ley 6.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion, número 1.º

4 Pero sin embargo de que nuestra ley no disponga de los bienes adquiridos en el matrimonio título lucrativo, como por derecho civil entre el marido y muger no habia compañía en los gananciales, sino que cuanto se adquiria era del marido, y se presumia segun la ley *Quintus Mucius* 31, ff. *de donationibus inter virum et uxorem*, ley 4.ª, *etiam*, *C. eodem*, y la ley 2.ª al fin, tít. 14, partida 3.ª, y solo cuando se pacta entre los contrayentes la adquisicion de bienes de por mitad, ó la costumbre de la tierra introduce esta comunion, dispone la ley 24, tít. 11, partida 4.ª, que los gananciales se dividan entre marido y muger. El señor Covarrubias, parte 2.ª, cap. 7.º, ff. 1.º, número 5.º *de Matrimonio*, es del mismo dictámen, como tambien Tello Fernandez en la presente ley al fin. Matienzo en la 1.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 1.ª, número 1.º, y en la 2.ª, glosa 1.ª, números 1.º y 2.º del mismo título; y Gonzalez Tellez en el cap. 2.º, tít. 20, lib. 4.º de las decretales, número 6.º, donde se aparta de la opinion del señor Covarrubias y Matienzo.

5 Para indicar la solucion al argumento que deducen del capítulo canónico contra esta doctrina, debe decirse que la ley real de Toro no está conforme con el derecho civil en este punto, y en cuanto supone corresponde á la muger la mitad de los gananciales es correctoria del mismo derecho civil, pues por este todas las cosas que tienen marido y muger se presumen ser de aquel hasta que la muger pruebe lo contrario, como se indica en la ley 1.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y lo mismo sucedia por el derecho canónico, pues aunque es cierto que en el citado cap. 2.º se le compele al marido á restituir la dote y á dividir los bienes que poseía en comun con su muger, esta decision no se ha de entender, como observa Gonzalez Tellez, segun las reglas del derecho comun, sino atendida la costumbre particular que se observaba en la provincia en donde ocurrió el caso que motivó la consulta.

6 Dispone la ley 1.ª, tít. 3.º, lib. 3.º del fuero real, inserta en la 2.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que todo lo que ganaren y compraren marido y muger estando juntos sea comun de ambos. Se esceptúa de esta regla, segun la ley 2.ª del mismo título del fuero real, inserta en la 3.ª del tít. 9.º del citado libro de la Recopilacion, aquellas cosas que cualquiera de los consortes adquiriese por herencia, donacion ó en la guerra, militando á soldada del Rey ó de otro. La ley 3.ª del mismo título del fuero real, que se halla en la 4.ª del espresado de la Recopilacion, en tanto grado quiere que los gananciales se dividan y sean comunes entre marido y muger, que aun cuando el marido tenga mas bienes, raices ó muebles que su muger, ó al contrario esta mas que el marido, los frutos de ellos deben ser comunes entre ambos, y la ley 5.ª del espresado título de la Recopilacion, declaratoria de las citadas del fuero real, manda que todos los frutos de bienes adquiridos constante matrimonio, aunque sean castrenses, *vel quasi*, se comuniquen entre marido y muger.

7 Todavia habla con mas generalidad y estension de la comunidad de bienes entre marido y muger la ley 1.ª del mencionado título de la Recopilacion, que es la 203 de Estilo, en la que se dispone que toda cosa que posean marido y muger, se presuma de ellos por mitad, salvo lo que cada uno probare que es suyo privativamente; de cuyas resoluciones de nuestro derecho real se manifiesta que la presente ley de Toro es correctoria del derecho civil, no solo en la parte que supone que los gananciales son de por mitad de la muger, sino tambien en la que le concede la libre disposicion de ellos sin obligacion de reservarlos á los hijos del primer matrimonio en caso que llegase á contraer segundo, pues si era contra derecho civil que la muger tuviese parte en los gananciales, tambien era preciso que lo fuera el poder disponer de ellos á su voluntad.

8 No por esto se ha de decir que la presente ley es correctoria de la 3.ª y 5.ª,

C. de secundis nuptiis, de las cuales la 1.ª trata de los bienes que provienen á la muger por título lucrativo, los que manda reservar á los hijos del primer matrimonio, si despues de viuda casa segunda vez sin disponer cosa alguna acerca de los bienes que adquiere la muger por título oneroso, cuales son los gananciales que provienen del trabajo ó industria de los contrayentes; y la 2.ª únicamente se ciñe á ordenar que en todos los casos en que la muger está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes que recibió de su marido, lo esté este igualmente á reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes que percibió de su muger.

9 De aqui se vé procedió con equivocacion Vazquez Menchaca cuando afirma en el libro 1.º *de succ. creatione* 1.ª, §. 1.º, número 25, *denique*, que por nuestra ley de Toro se corrigió la ley 3.ª, C. *de secundis nuptiis*; sin que baste á disculparlo la inteligencia que le da Tello, que se reduce á que cuando dice Menchaca que por derecho romano el consorte que pasaba á segundas nupcias tenia que reservar á los hijos del primer matrimonio lo adquirido en él, habló de los bienes adquiridos título lucrativo, y no de los que provenian de título oneroso, cuya esplicacion aprueba tambien Avendaño en la glosa 2.ª, número 4.º; porque Menchaca espresamente afirma que nuestra ley únicamente habla de los bienes adquiridos título oneroso, como lo confiesan Tello y Avendaño, es forzoso decir, ó que la ley del Código habla tambien de los bienes adquiridos título oneroso, ó que la nuestra comprende igualmente los que provienen de título lucrativo, pues de otro modo no puede ser la una correctoria de la otra, como lo observa el mismo Tello en el número 1.º al principio, fundándose en esto para decir que nuestra ley no es contraria al derecho comun.

10 Para el total convencimiento de que Menchaca opinó de diverso modo que pretenden Tello y Avendaño, oíganse sus palabras, que son las siguientes: *Denique licet per legem, femina, C. de secundis nuptiis, transiens ad secunda vota teneatur reservare quæsita durante primo matrimonio liberis illius primi matrimonii, ut per Joann. Fab. in anth donatione, eodem tit., tamen id hodie immutatum est per leg. 14 Tauri, ut quisque liberé possit disponere de quæsitis constante primo matrimonio in præjudicium liberorum, quos ex illo primo matrimonio suscepit.* Movido de estas palabras notó Acevedo en el número 1.º que Menchaca habia procedido con poca advertencia en decir que por nuestra ley se habia variado la disposicion de la del Código.

11 Pasan nuestros espositores, como tienen de costumbre, á indagar la razon de decidir de la presente ley: Palacios Ruvios al número 5.º de su Comentario á la misma, y Gregorio Lopez en la 26, glosa 3.ª, tít. 13, partida 5.ª, opinan que el no estar el marido y la muger obligados á reservar á los hijos del primer matrimonio la mitad de los gananciales, es porque estos bienes son *legis delato*, y de los de esta especie, por deferirse por ministerio de la ley, puede disponerse libremente. Del mismo dictámen es el Gomez en el número 3.º de esta ley, y conocidamente se engaña Avendaño cuando al fin de la glosa 2.ª afirma que Gomez mudó de dictámen en la ley 50, número 74, como claramente lo indican sus palabras cuando despues de haber dicho que la muger casando segunda vez no pierde la mitad de los gananciales, ni está obligada á reservarlos para los hijos del primer matrimonio, da por razon: *quia non videtur habuisse à marito, et ejus largitione, sed ab ipsa lege, et ejus beneficio et promisione.*

12 Avendaño en la misma ley, glosa 2.ª, número 4.º, afirma que la verdadera razon de decidir de la ley de Toro se funda en que los bienes gananciales adquiridos con título oneroso, cual es la industria y trabajo de los contrayentes, no provienen *ex dispositione legis* por título lucrativo; de forma que, segun este autor, mas bien se ha de decir que los bienes gananciales provienen de la industria y trabajo que de la disposicion de la ley, como claramente lo espresa en el número 4.º del Sumario.

13 Si la opinion de Avendaño únicamente se funda en que los gananciales son bienes adquiridos por título oneroso, aunque niegue que se defieran por ministerio de la ley, conviene con la verdadera razon de decidir, como manifestaré despues, y parece que este es sentido mas conforme á las palabras de que usa en el lugar citado; pero atendiendo á que en el número 2.º y 12 de la ley 19 afirma que el marido no es deudor legal á su muger de la mitad de los gananciales, y aqui en el número 4.º de la glosa 2.ª de la ley 14 asegura que es mucho mas verdadera la opinion de los que

dicen que el lucro *legis delato* se debe reservar á los hijos del primer matrimonio, se convence claramente que la opinion de este autor no se funda precisa y únicamente en que los gananciales se adquieren por título oneroso, sino que la amplía tambien á que son bienes *lege delatos*; pues sostiene que los bienes de esta clase se han de reservar á los hijos del primer matrimonio, por lo que concluye que la primer opinion se ha de seguir aun despues de lo dispuesto por la presente ley de Toro.

14 Antes de esponer mi dictámen en este punto conviene manifestar que una y otra opinion carecen de fundamento. La parte ó porcion que señala la autént. *Præterea*, C. *unde vir*, *et uxor*, de los bienes del consorte rico que premuere al que sobrevive pobre, no hay la menor duda de que sea *lege delata*, á causa de que no proviene *ex voluntate hominis*, sino de la disposicion de la ley; y con todo, el consorte que la recibe debe reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de aquellos bienes, y lo mismo aunque no se case segunda vez, sin poder disponer de ella sino únicamente en el caso de no tener hijos del primer matrimonio. Los gananciales entre marido y muger, segun nuestro derecho real, son bienes que se defieren por disposicion de la ley, y sin embargo manda la 5.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que si la muger vive lujuriosamente pasen dichos bienes á los herederos del marido: con estos dos ejemplos se acredita es manifiestamente infundada la primer opinion que pone la razon de decidir de nuestra ley en que de los bienes *lege delatos* se puede disponer libremente sin tener obligacion de reservarlos á los herederos de consorte.

15 No tiene mayor solidez la opinion de Avendaño, porque los bienes adquiridos constante matrimonio ciertamente son bienes *lege delatos*, pues aunque los adquieran los consortes por título oneroso, el hacer la division de ellos por mitad ó por iguales partes proviene de la disposicion de la ley; de forma que se hace forzoso decir que la mitad de los bienes adquiridos constante matrimonio se defiere por ministerio de la ley á cada uno de los consortes, porque de lo contrario se habia de decir que la division de los gananciales se deberia hacer á prorata del capital que cada uno aportó al matrimonio, á lo que se opone la disposicion de la ley 4.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que ordena que aunque el marido tenga mas bienes que la muger, ó al contrario esta mas que el marido, los frutos hayan de ser comunes.

16 En comprobacion de esto conviene tener presente lo que se dirá en la ley 16 para acreditar que el marido es deudor legal y necesario de su muger en esta mitad de gananciales, lo que persuade se engañó no menos Avendaño cuando pretende que los bienes *lege delatos* se deben reservar á los hijos del primer matrimonio, y que por no ser los adquiridos constante este, *lege delatos*, no tienen obligacion los consortes á reservarlos pasando á contraer segundo matrimonio, que los que defienden que los bienes adquiridos constante matrimonio no se deben reservar á los hijos porque son bienes *lege delatos*.

17 Réstanos ahora asignar la verdadera razon de decidir que tuvo la presente ley, y no es otra sino la de que los bienes adquiridos constante matrimonio en razon de gananciales provienen de título oneroso, á saber; de la industria y trabajo de los contrayentes, en cuyos bienes no se atiende á la cualidad de si son ó no *lege delatos* para haber de reservarlos á los hijos del primer matrimonio, sino únicamente se tiene consideracion á que no han sido adquiridos por título lucrativo, sino oneroso, para poder libremente disponer de ellos sin la obligacion de reservarlos á los hijos aun cuando pase á contraer segundo matrimonio, como lo afirma Covarrubias y Matienzo, parte 2.ª, cap. 3.º, §. 9.º, números 9.º y 10, y Palacios en el número 5.º de esta ley.

18 Hasta principios de este siglo de 1800 no regía en Córdoba y su obispado la disposicion de la presente ley de Toro, porque segun su fuero las ganancias y pérdidas sufridas constante matrimonio pertenecia íntegramente al marido sin participar de ellas la muger, segun lo manifiesta Ayora *de partitionibus in pref. número*, y Elizondo en su práctica forense, folio 104, tomo 3.º; pero don Cárlos IV, en 16 de Junio del año de 1801, abolió la impuesta ley, costumbre ó estilo que gobernaba en la ciudad de Córdoba, de que las mugeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio; y en su consecuencia mandó que la ley general de la participacion de las ganancias en los matrimonios sea estensiva á las mugeres cordobesas de todo aquel reino, segun y como

se practica con las de Castilla y Leon; cuya real resolucion forma la ley 13, tít. 4.° de la Novísima Recopilacion, y por otra real resolucion circulada en 14 de Abril de 1804 se sirvió S. M. declarar que la citada ley comprende, no solo los matrimonios contraidos despues del 28 de Mayo de 1801, en que se publicó la real determinacion en el Consejo, sino tambien todos los celebrados antes de aquel dia y que subsistan en él; pero con esclusion de los que se hubieren disuelto antes de aquel dia, segun se contiene en la adicion primera á la citada ley.

19 Tampoco rige en la villa de Alburquerque la disposicion de la ley real que divide los gananciales de por mitad entre marido y muger, sino que se observa en ella el fuero nominado del Baylío que concedió á dicha villa Alfonso Tellez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por cualquiera razon, se comunican y sujetan á particion como gananciales, cuyo fuero mandó don Cárlos III lo observasen todos los tribunales de estos reinos, y se arreglasen á él para la decision de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demas pueblos donde se ha observado hasta ahora, como se halla prevenido en la ley 12 del citado título, libro de la Novísima Recopilacion.

Ley XV de Toro; es la 4.ª, tít. 1.°, lib. 5.° de la Recopilacion.

En todos los casos que las mugeres casando segunda vez son obligadas á reservar á los fijos del primero matrimonio la propriedad de lo que obiere del primero marido, ó heredare de los fijos del primero matrimonio; en los mismos casos el varon que casare segunda, ó tercera vez, sea obligado á reservar la propriedad dello á los fijos del primero matrimonio; de manera que lo establescido cerca de este caso en las mugeres que casaren segunda vez, aya lugar en los varones que pasaren á segundo ó tercero matrimonio.

COMENTARIO

á la ley 15 de Toro.

1 Dispone la presente ley que en todos los casos en que casándose segunda vez las mugeres estan obligadas á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que tuvieren recibido del primer marido, ó heredaren de los hijos del primer matrimonio, en los mismos casos esté obligado el marido que casase segunda vez á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de los dichos bienes; de forma que lo establecido en estos dos casos en las madres que casaren segunda vez se entienda establecido en los padres que contrayeren segundo ó tercer matrimonio.

2 La resolucion de esta ley contiene dos suposiciones y otras tantas resoluciones. Las suposiciones son que la madre que casare segunda vez está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de lo que hubiese recibido del primer marido y hubiese heredado de los hijos del primer matrimonio.

3 Las resoluciones se reducen á que el marido que casare segunda vez reserve á los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes que hubiera recibido de su muger y heredado de los hijos del primer matrimonio.

4 De aqui se infiere que hay casos en que por nuestras leyes la muger está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes que hubiere recibido de su marido, é igualmente lo que hubiese adquirido de alguno de sus hijos.

5 Para dar á este Comentario la claridad de que es susceptible hablaré con separacion de cada uno de los casos que se contienen, y á qué se dirigen las resoluciones; y como estas traen su orígen del derecho civil, es conveniente y aun necesario referir sus resoluciones sobre entrambos puntos.

6 En la ley 3.ª, C. *de secundis nuptiis*, especificando los casos de reserva de bienes entre marido y muger, se dispone que cuanto haya recibido esta de su marido por título lucrativo de institucion, legado, fideicomiso, donacion esponsalicia, ó *mortis causa*, ó por cualquiera otra, lo debe reservar íntegramente á los hijos del primer marido, y quiere ademas que lo mismo se observe acerca de los bienes que heredare

la madre de los hijos del primer matrimonio despues de casada, bien sea abintestato ó ex testamento.

7 Para proceder con la debida claridad en esta materia, que por sí es algo obscura, debe hacerse distincion de dos casos, á saber; cuando la muger percibe bienes de su primer marido, ó cuando los hereda de sus hijos.

8 Aunque el marido y la muger no se sucedan mútuamente abintestato, habiendo parientes de una y otra línea, como consta de la ley única C. *unde vir et uxor*, sin embargo ex testamento ó por otro título lucrativo pueden sucederse ó transferirse sus bienes sin embargo de que tenga hijos, segun se dispone en la ley 3.ª, C. *de sec. nupt.*, con esta diferencia, que pasando á contraer segundo matrimonio el sobreviviente solo goza el usufructo de los bienes que le dejó el premoriente, quedando obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de dichos bienes, segun la espresada ley 3.ª y la novela 22, cap. 23; pero en caso de continuar en la viudedad goza no solo del usufructo sino de la propiedad, y puede disponer de ella á su arbitrio por la ley 5.ª, §. 2.º del mismo título, y la novela 22, cap. 20, §. 1.º La disposicion de la espresada ley y novela la corrigió la novela 98, cap. 1.º, ordenando que tanto en el caso de viudedad como en el de contraer segundo matrimonio esten obligados el padre y la madre á reservar á los hijos del primer matrimonio la propiedad de los bienes dotales y donacion *propter nuptias*, heredando solo el usufructo.

9 Posteriormente creyendo el Emperador Justiniano que los padres que permanecian en la viudedad eran acreedores á que se les concediese mayor parte que á los que pasaban á contraer segundo matrimonio, determinó que en el primer caso el sobreviviente percibiese con pleno derecho en la dote y donacion *propter nuptias* la parte viril que le correspondia, concurriendo con sus hijos á la herencia del consorte difunto, novela 127, cap. 3.º, sin derogar por esto las leyes que conceden el usufructo de toda la dote y donacion *propter nuptias* al consorte sobreviviente.

10 Cuanto se ha dicho acerca de la madre debe estenderse tambien al padre, pues aunque es cierto que la ley 29 de dicho título del código Teodosiano solo usaba de palabras suasorias acerca del padre, el Emperador Justiniano al trasladar la ley de Teodosio á la 5.ª del mismo título de su código suprimió las palabras suasorias, é igualó de este modo la condicion del padre con la de la madre, en cuanto á lucrar los bienes de la dote y donacion *propter nuptias*, lo que ya antes habia dispuesto el jóven Teodosio.

11 Tambien se debe advertir que la facultad que tenia la madre de disponer á favor de cualquiera de sus hijos del primer matrimonio de todos los bienes que habia recibido de su marido difunto se la limitó Justiniano en la novela 2.ª, cap. 1.º, y en la 22, cap. 20, mandando que dichos bienes los repartiese por igual entre todos sus hijos del primer matrimonio, derogando al efecto la ley 3.ª, C. *de sec. nupt.*

12 Síguese tratar ahora del segundo caso en que la madre sucede ó hereda bienes de algun hijo del primer matrimonio. Si este nombra por heredera á su madre, adquiere esta con pleno derecho todo lo que haya dejado el hijo, segun la novela 22, cap. 46, §. 1.º

13 Si muere intestado se han de distinguir dos casos, á saber, de que deje ó no descendientes el hijo. Si le quedan hijos ó descendientes le suceden estos en todos sus bienes segun la ley 7.ª, C. de este título, y la novela 2.ª cap. 3.º Si deja hermanos ó hermanas son preferidos á la madre en los bienes nupciales con arreglo á lo dispuesto en la novela 2.ª, cap. 3.º, §. 1.º, y la 22, cap. 26, sin que la madre pueda percibir otra cosa mas que el usufructo de los bienes de la donacion *propter nuptias*, y esto se verifica aun en el caso de que la madre hubiese cedido al hijo la donacion *propter nuptias* que la dejó su marido, pues aun en este caso si premuere el hijo á la madre serán preferidos los hermanos y hermanas en los bienes de dicha donacion, que es el caso que motivó la disposicion, novela 2.ª, cap. 3.º, como lo esplica y refiere Cujacio esponiendo la espresada novela.

14 En los demas bienes que no sean nupciales se ha de distinguir en estos términos, ó permanecia viuda la madre ó se habia vuelto á casar; si permanecia viuda adquiere la propiedad de los bienes del hijo, con esta diferencia, que abintestato sucede con las hermanas del difunto en la mitad de los bienes, y con los hermanos por partes iguales segun la ley última, C. *ad*

senat. Tert., cuya ley la corrigió Justiniano por la novela 22, cap. 47, §. 2.º, igualando á las hermanas con los hermanos en la sucesion del hermano premoriente. Si la madre se volvió á casar, se ha de atender á si contrajo el matrimonio antes ó despues de la muerte del hijo; si fue antes le sucede tanto en los bienes adventicios como en los profecticios, bien sea ex testamento ó abintestato, solo en su parte viril ó igual con los demas; y ex testamento en la parte que se la haya dejado; pero en una y otra sucesion solo adquiere el usufructo y no la propiedad, ley 3.ª *fæminæ*, C. §. último *de sec. nupt.* Si el casamiento lo contrajo despues de la muerte del hijo, adquiere la propiedad de los bienes adventicios por la parte que le corresponde, y de los profecticios solo el usufructo, debiendo reservar la propiedad á los hermanos ó hermanas del difunto, ley *Mater* 5.ª C. *ad senatum Tertulianum.*

15 Por la novela 2.ª, cap. 3.º se quitó la diferencia de tiempos, y aun la distincion de bienes adventicios y profecticios, abrogando espresamente las dos leyes citadas, de forma que en virtud de dicha novela sucede la madre en los bienes del hijo, adventicios ó profecticios, juntamente con sus hermanos ó hermanas por iguales partes en el usufructo y propiedad, háyase casado antes ó despues de la muerte del hijo, ó permanezca en estado de viuda, asi como el padre sucede con igual derecho en los bienes del hijo sin distincion de profecticios ó adventicios, ni de casado ó viudo.

16 Por la novela 22, cap. 46, §. 2.º se confirmó la derogacion de la diferencia de tiempos ó estado de la madre establecida por la citada novela 2.ª; pero se volvió á restablecer por la espresada novela 22, capítulo 46 la diferencia de bienes adventicios ó profecticios, disponiendo que en esto sucediese la madre abintestato en el usufructo, y en aquellos en la propiedad si se casaba segunda vez, y si permanecia viuda en unos y otros sucedia, *pleno jure*, ó en la propiedad; todo lo cual se ha de entender en caso que muriese el hijo abintestato, porque ex testamento sucedia la madre en la propiedad de todos los bienes que la dejase el hijo, bien fuesen adventicios ó profecticios, segun la misma novela 22, capítulo 46, §. 1.º

17 Como los consortes suelen pactar entre sí acerca del lucro que han de percibir de la dote y donacion *propter nuptias* en caso de premorir uno de ellos, cuyos pactos deben ser iguales con arreglo á lo dispuesto en las leyes 9.ª y 10, C. *de pactis conjugum*, y de la novela 97, cap. 1.º, porque de lo contrario habiendo desigualdad en ellos por ofrecer una mas y otro menos se originaba la duda de cuál de las dos cantidades debia reducirse al pacto para conservar igualdad, estableció el Emperador Justiniano en la referida novela 22, cap. 20, que se atendiese á la menor suma; se hace preciso advertir que uno de los pactos que suelen celebrar los contrayentes, á fin de lucrar la dote y donacion *propter nuptias*, no solo en el usufructo sino tambien en la propiedad, se llama *orbitatis filiorum*, y en griego *Apaidias*, y se reducia á que el consorte sobreviviente no teniendo hijos del primer matrimonio, ó muriendo todos ó alguno de ellos, lucrase la parte que se pactó, como se manifiesta por el ejemplo de que usa Cujacio en el Comentario á la citada novela 22.

18 Pactaron los contrayentes que el que sobreviviese percibiese todo el usufructo de la dote ó donacion *propter nuptias* si quedaban hijos del primer matrimonio, y no teniéndolos ó llegando á faltar en vida del consorte percibiese este la mitad de la dote ó donacion no solo en cuanto al usufructo sino tambien en cuanto á la propiedad; y suponiendo que la dote ó donacion era de ochocientos escudos, y que se habia repartido entre cuatro hijos, muriendo alguno de ellos lucrará el consorte que sobrevive, en virtud de este pacto, cien escudos, que son la mitad de la parte que cupo á este hijo; los otros ciento se dividirán entre sus hermanos, quedando el padre ó la madre con el usufructo y propiedad de los cien escudos; y si llegasen á faltar los demas hijos, percibiria, *pleno jure*, por el mismo pacto cuatrocientos escudos, que es la mitad de la dote ó donacion que se pactó lucrase el consorte que sobrevivia en el caso de la muerte de todos los hijos ó de alguno de ellos. Lo mismo que se ha dicho del caso de la muerte de los consortes se observa en el caso de divorcio legítimamente hecho, segun la novela 98, cap. 1.º

19 Habiendo manifestado las decisiones del derecho civil en los dos puntos espresados, resta esponer la de nuestro derecho real en los mismos, y dando principio por las del fuero juzgo, la madre here-

da juntamente con los hijos y por iguales partes los bienes de su marido, pero solo en cuanto al usufructo, y caso de pasar á segundas nupcias lo pierde, ley 14, título 2.º, lib. 4.º

20 Si muere uno de los padres el sobreviviente adquiere la herencia de los hijos en cuanto al usufructo únicamente, ley 13. *eod. tít.*

21 En la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 3.º del fuero real la madre está obligada á reservar para sus hijos las tres partes de las arras que recibió de su marido, y si tuviere hijos de dos matrimonios cada uno heredará las de su padre respectivo. Esto es cuanto disponen las leyes de estos dos fueros acerca de la herencia que percibe la muger de los bienes de su marido; veamos ahora lo que heredan los padres de los bienes de sus hijos por los mismos fueros.

22 En la ley 18, tít. 2.º, lib. 4.º del fuero juzgo se ordena que muerto un hijo y alguno de los padres, el sobreviviente heredará la porcion del hijo, y que esta herencia por la muerte del heredero ha de pasar á los hijos ó nietos del padre ó madre de donde provenian los bienes, sin poder disponer el padre ó madre que los heredó mas que de la quinta parte de los mismos.

23 Como las leyes de nuestros fueros no tienen una sensacion absoluta, sino meramente condicional para el caso en que el uso las apruebe y observe, segun lo dispuesto por el Rey don Alonso XI, y confirmado en la ley 1.ª de Toro, ningun efecto producen sus disposiciones si no se comprueban con la práctica.

24 Mas absoluta y positiva es la autoridad de las leyes de partida que se mandan guardar y observar sin necesidad de hacer constar el uso de ellas, y en la 26 del tít. 13, partida 5.ª, contrayéndose á las arras y donaciones que la muger recibe de su marido, dispone que casándose segunda vez las debe reservar la madre para los hijos del primer matrimonio, los cuales las percibirán despues de la muerte de su madre.

25 Lo mismo substancialmente quedaba ya dispuesto en la ley 23, tít. 11, partida 4.ª, en que se declara y establece que gana el marido la dote de su muger, y esta la donacion que la hace su marido por razon del casamiento por alguna de estas tres causas, por pacto, adulterio y costumbre, lo que se ha de entender en cuanto á la propiedad no teniendo hijos, porque teniéndolos solo adquiere el usufructo, perteneciendo la propiedad á los hijos, como se declara en la misma ley en términos espresos.

26 Comentando Gregorio Lopez la espresada ley 26, dice en la glosa 2.ª que no casandose segunda vez la muger no está obligada á reservar á los hijos las arras y donaciones que hubiere recibido de su marido, lo que ciertamente no es conciliable con la disposicion de la ley 23 citada, en que no se pide la condicion de haberse casado segunda vez para reservar á los hijos los bienes recibidos del marido, sino que absoluta y generalmente se ordena que teniendo hijos la muger sea de ellos la propiedad de dichos bienes, y ella conserve el usufructo.

27 Se hace reparable que quedando resuelto en la ley 23 de la partida 4.ª los títulos por los cuales cualquiera de los consortes gana los bienes que hubiere recibido del otro, no siendo ninguno de estos títulos legales ó fundados en la ley, sino que provienen de pacto, costumbre ó pena, se resuelve en la citada ley 26 de la partida 5.ª que lo que recibe la muger del marido lo hace suyo, y solo en el caso de contraer segundo matrimonio lo debe reservar para los hijos del primero. Para hacer conciliables las disposiciones de estas dos leyes me parece debe decirse que por la ley 26 se hizo general la disposicion de que la muger ganase lo que habia recibido del marido, y solo casándose segunda vez quedase obligada á reservar para los hijos del primer matrimonio los bienes que la dejó el marido.

28 Con alusion á dicha ley 26 dispone la ley 51 de Toro que la muger no teniendo hijos gane las arras que le prometió su marido, y no vuelvan á este sino que pasen á los herederos de la muger.

29 Como las dos leyes de las partidas limitan su disposicion á los bienes nupciales de los consortes, resulta la duda de si deberá decirse lo mismo en cuanto á los demas bienes que los padres heredan de los hijos, contraigan ó no segundo matrimonio.

30 Palacios Ruvios se propone esta duda en el número 9.º de la ley 15, contraida al caso de que el padre sobreviviente contrajese segundo matrimonio, y la resuelve con arreglo á las disposiciones del derecho civil, reducidas á que en los bienes profecticios sucede solo en el usufructo, y en los adventicios en la propiedad, y

omite si estos bienes está obligada la madre á reservarlos á los hijos del primer matrimonio.

31 Gomez en el número 2.º sienta que los bienes que hereda la madre del hijo por testamento, no está obligada á reservarlos á los hijos de aquel matrimonio, sin diferencia alguna entre bienes profecticios y adventicios, y se funda en la auténtica *ex testamento C. de sec. nupt. ubi ex testamento succedit mater liberis suis, quæ non volavit ad secundas nuptias, sicut institutus quilibet*, y la novela 22, capít. 46, en donde despues de haber dispuesto Justiniano que la madre tuviese la propiedad y usufructo de lo que le hubiese dejado el hijo por testamento antes ó despues de contraidas las segundas nupcias, añade que su disposicion se ha de observar tanto en los bienes que recibió el hijo del padre, como en los que le vinieron de los estraños, *ibi sive ex rebus quæ extrinsecus advenerunt, sive ex paternis.*

32 Si la herencia le proviene abintestato distingue los bienes profecticios y adventicios; los primeros los adquiere solo en cuanto al usufructo, y los segundos en cuanto á la propiedad, y alega la citada auténtica, *ibi abintestato quoque vocatum, sive ante mortem filii, sive postea secundas meat nuptias, sed abintestato eorum solum usufructum percipit, quæ ex paterna substantia ad filium pervenerunt*; de que infiere que los demas bienes los adquiere en cuanto á la propiedad con libre facultad de disponer de ellos.

33 Matienzo en la ley 3.ª, tít. 1.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 15, sigue la opinion de Gomez, y del mismo dictámen es Ayora en la parte 3.ª *de partitionibus*, cuestion 15.

34 La doctrina de estos autores se reduce, segun las disposiciones del derecho civil, á que todos los bienes que hereda la madre de sus hijos por testamento, sean profecticios ó adventicios, los adquiere *pleno jure* en cuanto á la propiedad y usufructo, háyase casado antes ó despues de ser instituida heredera, y en caso que la herencia le provenga abintestato adquirirá la propiedad de los bienes adventicios, y el usufructo de los profecticios, lo que corrobora la ley 5.ª, C. *ad senatum Tertulianum.*

35 Gomez en el citado número 2.º supone que en el caso que la madre sucede por testamento al hijo puede disponer libremente de los bienes heredados, sean profecticios ó adventicios, y solo en el caso de suceder abintestato está obligada á reservar los bienes que provengan del padre ó sus ascendientes.

36 Segun la doctrina de estos autores la madre no solo puede disponer libremente de los bienes adventicios y profecticios que hereda por el testamento del hijo antes ó despues de contraer segundas nupcias, sino tambien de los adventicios que hereda abintestato del hijo, quedando reducida la prohibicion de enagenar á los bienes profecticios, en los que unicamente tendrá el usufructo.

37 Entremos á examinar si esta doctrina y opinion es arreglada y conforme á lo que disponen las leyes de Toro. Por la 6.ª se ordena que los padres sean herederos forzosos y legítimos de sus hijos tanto ex testamento como abintestato, como estos lo son de sus padres. Si porque los padres eran herederos legítimos de sus hijos abintestato estaban obligados aquellos en caso de contraer segundo matrimonio á no disponer de los bienes profecticios, en los que solo gozaban el usufructo, ahora que aun cuando sucedan ex testamento son herederos forzosos de sus hijos en las dos terceras partes por dicha ley 6.ª de Toro, deberán reservar á los hijos del primer matrimonio las espresadas dos terceras partes, si los bienes son profecticios, porque en estas dos terceras partes no suceden de voluntad y libre disposicion del hijo, sino *ex necesitate legis*, como juiciosamente lo observa Febrero en su 1.ª parte de la librería de Escribanos, C. 1.º, §. 23, número 252, y lo repite en la 2.ª parte, lib. 2.º, capít. 5.º, §. 2.º, número 17, aunque por hablar general é indistintamente de los bienes profecticios y adventicios, debe limitarse su doctrina á solo los bienes profecticios, pues los adventicios los adquiere y dispone de ellos libremente tanto abintestato como ex testamento, segun la auténtica *ex testamento*, que no está corregida por nuestras leyes.

38 Alvarez Posadilla en el Comentario á esta ley sigue en esta parte la doctrina de Febrero; pero sienta por punto general que la madre está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio lo que hubiere heredado abintestato de alguno de ellos, en que ciertamente se engaña, por-

que si los bienes eran adventicios la auténtica *ex testamento* le concedia á la madre la libre disposicion, y por nuestras leyes no se le ha limitado esta libertad.

39 Conformándome con la opinion de Febrero, que él propone como probable, y yo la tengo por cierta, debo advertir para la mas cabal esposicion de esta ley y la 6.ª de Toro, que los bienes profecticios que herede la madre de alguno de sus hijos ex testamento ó abintestato no solo los adquiere en cuanto al usufructo, sino tambien en la propiedad, y es la razon porque la ley 7.ª escluye al hermano de concurrir con sus padres ó ascendientes á la herencia de su hermano abintestato, y si la madre solo sucediera en el usufructo, se seguia que los hijos no solo concurrian con ella á la herencia del hermano, sino que la escluían en cuanto á la propiedad; pero esto no impide que las dos terceras partes de los bienes profecticios que la madre herede por testamento del hijo, no esté obligada á reservarlos á los hijos del primer matrimonio; es la razon porque dichas dos terceras partes aunque provienen ex testamento no es por libre voluntad del testador, sino *ex dispositione legis*, como cuando sucede abintestato en virtud de la auténtica *ex testamento*, y la ley 6.ª de Toro, y el que tenga la propiedad de ellos ni le da facultad para enagenarlos, ni le liberta de la obligacion de restituirlos como si fueran bienes de fideicomiso.

40 De lo dicho se deduce atendida la disposicion de la auténtica *ex testamento*, y la de las leyes 6.ª y 7.ª de Toro, los bienes y casos en que la madre está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio las dos terceras partes de los bienes profecticios que haya heredado de algun hijo por testamento, y todos los de esta especie que herede abintestato. Los adventicios, bien los herede ex testamento ó abintestato, no estará obligada á reservarlos, y es la razon porque por la auténtica *ex testamento* no estaba obligada á hacer dicha reserva de los que adquiria abintestato, porque le provenian *ex dispositione legis*, con que como tambien ahora los que hereda ex testamento provengan *ex dispositione legis* no debe privarla de la libertad que tenia de disponer de los mismos por dicha auténtica.

41 El fundamento de esta doctrina estriva en que por la presente ley de Toro nada se innovó en lo dispuesto por las anteriores, y estas eran las civiles de los romanos, pues las reales nada disponian en la materia, y asi únicamente se limitó su disposicion á estender á los padres la obligacion que tenian las madres de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que hubieren heredado de alguno de ellos.

42 Podrá decirse contra esto que por las leyes civiles los bienes tanto profecticios como adventicios que la madre heredaba por testamento del hijo, eran de libre disposicion de la misma sin obligacion de reservarlos á los hijos del primer matrimonio; y no habiendo dispuesto nada en contrario nuestras leyes reales, parecia que no solo la tercera parte de los bienes profecticios que la madre hereda por el testamento del hijo habia de ser de libre disposicion de la misma, sino las dos terceras partes restantes.

43 En satisfaccion de esta réplica se ha de responder que cuando por derecho civil el hijo nombraba por heredera á su madre le provenia la herencia de la libre disposicion del hijo, y le sucedia como cualquier estraño; pero habiendo dispuesto la ley 6.ª de Toro que los padres sean herederos legítimos de los hijos en las dos terceras partes de sus bienes, como estos lo son de sus padres en las cuatro quintas partes de sus bienes, y á la herencia que proviene á la madre de bienes profecticios por testamento del hijo, no se la considera como dimanada de la libre voluntad del mismo, sino como procedente de la disposicion de la ley á la manera que cuando los heredaba abintestato, que por dimanar la herencia de la disposicion de la ley quedaba obligada á reservarlos á los hijos del primer matrimonio.

44 Todavia podrá replicarse contra esta resolucion del modo siguiente. Tan herederos legítimos son los padres de los hijos, en virtud de la ley 6.ª de Toro, de los bienes adventicios, como de los profecticios; es asi que la obligacion y necesidad que impone la ley de Toro á los hijos de nombrar por herederos á sus padres de los bienes adventicios no priva á estos de la facultad de disponer libremente de ellos sin obligacion de reservarlos á los hijos del primer matrimonio, luego el que la ley de Toro imponga la misma obligacion á los hijos de nombrar por herederos á sus padres de los bienes profecticios no debe

impedirle la facultad de disponer libremente de ellos.

45 Para desvanecer esta réplica debe decirse que es cierto que en los hijos la misma es la obligacion de nombrar por herederos á los padres de los bienes adventicios que profecticios, pero esta obligacion no impide en los padres la libre disposicion de los primeros, y sí de los segundos, y es la razon porque la ley de Toro no ha hecho otra variacion que la de constituir á los padres herederos forzosos de los hijos en la herencia ex testamento, como lo eran por derecho civil en la citada; en esta no se impedia á los padres la facultad de disponer libremente de los bienes adventicios del hijo, y sí de los profecticios, que tenia que reservarlos á los hijos del primer matrimonio; con que otro tanto debe decirse despues que la ley de Toro dispuso que los padres fueran herederos legítimos y forzosos de sus hijos en la sucesion ex testamento. Viene pues á quedar reducida la presente duda á saber por qué en la sucesion intestada dispuso el derecho civil que los padres pudiesen disponer libremente de los bienes adventicios de sus hijos, y no de los profecticios, caso de contraer segundo matrimonio, á que se responde que supuesto que la disposicion de la ley es clara no debemos ocuparnos en averiguar la razon que tuvieron los legisladores para establecerla segun aquel axioma legal, *non omnium quæ à majoribus instituta sunt ratio redi potest.*

46 Tampoco se entiende la obligacion de la madre de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que alguno de ellos le donó, vendió, permutó ó recayó en ella por otro título que el de herencia ó sucesion, quedando reducida su obligacion á lo que el hijo heredase de su padre, sin estenderla á lo que otro pariente ó estraño le hubiese donado, aunque sea por contemplacion de su padre, y la razon es porque las disposiciones penales no deben estenderse á mas casos que los que especifican; de que se infiere que solos los bienes adquiridos por sucesion estan obligados los padres á reservarlos á los hijos del primer matrimonio.

47 Segun Febrero en la parte 1.ª, capitulo 1.º, §. 23, está exenta la madre de la reserva de los bienes á favor de sus hijos, cuando enviude antes de los veinte y cinco años, aunque los cumpla el primer año de viuda.

48 Tambien queda exenta la muger de la obligacion de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que heredó de su marido, si este le concedió licencia para que pudiese casar sin incurrir en pena, ni deberá reservar lo que heredase de alguno de sus hijos, como lo afirma Gomez al número 6.º de esta ley, citando Matienzo en la ley 3.ª, tít. 1.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 9.º, y el que puso las notas á Gomez cita la novela 22, C. 2.º Otro tanto se ha de decir cuando la madre contrae el segundo matrimonio de voluntad ó consentimiento de los hijos, segun Gomez en el lugar citado, fundado en el párrafo inicial de la novela 2.ª, en estas palabras, *filia contra matrem reluctabatur*, á quien sigue Matienzo en la ley 3.ª, tít. 1.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 9.º

49 Tambien pretende Gomez al número 6.º que sucede lo mismo cuando la madre contrae el segundo matrimonio con licencia del Príncipe, cuya opinion en mi concepto debe limitarse á la pena que se imponia por las leyes civiles, y la de las partidas á la madre que se casaba antes del año de haber enviudado.

50 Las leyes civiles son la 10, ff. *de his quæ notandum inf.*, y la 1.ª C. *de secundis nuptiis.* En la primera se dirije la licencia á que no sea notada la que casa dentro del año que debe llorar á su marido, y en la segunda se liberta de perder todos los bienes que le dejó su marido, y por la ley 3.ª, tít. 12, partida 4.ª, se la exime de incurrir en el perdimiento de dichos bienes; pero hallándose ya derogadas por la ley 3.ª, tít. 1.º, lib. 5.º de la Recopilacion las leyes que imponian penas á las madres que se casaban dentro del año de viudas, es escusado acudir al Príncipe á solicitar su permiso para evitar las referidas penas.

51 Limitándose la licencia del Príncipe á evitar las penas que se imponian á la que se casaba dentro del año de viuda, no parecia consiguiente estender los efectos de esta licencia á libertar á la muger que se casaba segunda vez de la obligacion de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que habia heredado de alguno de ellos. La razon no solo es obvia sino concluyente: lo que hacia antes la licencia del

Príncipe, lo hace ahora la ley de la Recopilacion citada, que es derogar la disposicion de la ley civil y de la partida; con que si cuando estaban en vigor estas leyes la licencia del Príncipe no se estendia á libertar á la muger de la obligacion de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que hubiese heredado de alguno de ellos, tampoco se ha de estender ahora la derogacion de las leyes civiles y de partida á libertar á la madre de la obligacion de reservar á los hijos del primer matrimonio lo que haya heredado de alguno de ellos.

52 Todavia hay otra razon mas concluyente; si la derogacion que hace la ley de la Recopilacion, que como se ha dicho equivale á la licencia del Príncipe, se estendiera á lo que las madres heredan de los hijos del primer matrimonio, vendria á ser inútil la disposicion de la presente ley de Toro, y falsa porque en ella se supone que hay casos en que la madre está obligada á reservar á los hijos del primer matrimonio lo heredado de alguno de ellos, si se casaba segunda vez, lo que era imposible se verificase si por la derogacion de la ley de la Recopilacion quedaba la madre libre de todas las penas que se le imponian si casaba segunda vez.

53 Por ventura se dirá que aunque sea cierta esta doctrina, cuando la muger pide la licencia al Príncipe para casarse en el año de viuda, no lo es cuando la solicita para casarse despues de concluido el año, porque entonces se estiende á libertarse de la obligacion de reservar lo que hubiese heredado de alguno de los hijos del primer matrimonio.

54 Para satisfacer esta réplica conviene advertir que las leyes que privaban á la muger que se casaba dentro del año de viuda de cuanto habia percibido de su marido contenian penas contra las viudas que se daban prisa á casarse; las demas privaciones que se les imponian no eran penas porque se casaban pronto, sino que eran disposiciones que tenian por objeto el beneficio de los hijos del primer matrimonio, como observa el señor Covarrubias en la parte 2.ª *de sponsalibus*, cap. 3.º, §. 9.º, número 7.º, y del mismo dictamen es Antonio Perez en su Comentario al título del código *de secundis nuptiis*, número 19, á fin de que no se les privase de lo que habia sido de sus hermanos de padre y madre, invirtiéndo en los uterinos, y no era regular ni arreglado á razon y justicia que el Príncipe dispensase con las madres en unas obligaciones que cedian en perjuicio de terceros, sin la anuencia y consentimiento de estos. No guarda á mi parecer consecuencia Antonio Perez cuando despues de haber dicho, siguiendo á Fabro en el número 4.º, que las penas impuestas á la muger que se casa segunda vez dentro del año sean abolidas, se aparta en el número 19 de los que afirman que tambien han quedado abolidas las penas de las que casan despues del año de viudas, dando por razon que dichas penas no se dirigen tanto al castigo y vindicta del acto, cuanto es la utilidad de los hijos del primer matrimonio, para que no sean defraudados por el segundo, porque aunque sea cierta esta doctrina de Perez, como la muger que casa dentro del año comete mas falta que la que casa despues, si en aquel caso se han abrogado las penas que habia en favor de los hijos, con mas razon deben haberse abrogado en este.

55 Gonzalez en el capítulo 5.º de las Decretales *de secundis nuptiis*, número 9.º, distingue entre las penas y privaciones que se imponen á las madres que se casan segunda vez, y asi dice que una cosa es incurrir en pena por el segundo matrimonio, y otra privarse de algun beneficio por haberlo contraido, por lo que es de opinion Sarmiento en el lib. 1.º, cap. 4.º, *select. interpretationum*, número 3.º, que las privaciones que se imponen á la muger que se casa segunda vez no son penas por la injuria irrogada á su marido, sino disposiciones correspondientes á la equidad natural, que exige que los bienes adquiridos á costa de los sudores del primér marido no se inviertan en beneficio del padrastro y de sus hijos con perjuicio de los del primer matrimonio, para quien deben reservarlos.

56 Cujacio, sin embargo que en el Comentario á la ley 1.ª, C. *de sec. nupt.* estiende á cinco las penas en que incurre la muger que casa segunda vez en el año de viuda, al fin del mismo Comentario afirma que por los capítulos penúltimo y último de las decretales, *de secundis nuptiis*, los Papas solo abolieron la pena de infamia, pero no las otras civiles.

57 Se ha manifestado que la licencia del Príncipe para que la muger se casase dentro del año de viuda no bastaba á eximirla de la obligacion que se le imponia de

reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes heredados de alguno de estos y de su primer marido; resta ver ahora si el consentimiento ó aprobacion de los mismos hijos era suficiente para libertarla de dicha reserva.

58 Gomez al número 60 de su Comentario opina por la sentencia afirmativa, y aconseja á los abogados sean cáutos en advertir á la muger ó marido que casan segunda vez que procuren conseguir el consentimiento y aprobacion de los hijos, y cita varios autores nacionales y estrangeros por su opinion, y tambien sigue la misma Matienzo en la ley 3.ª, tít. 1.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 9.º

59 Antonio Perez se propone esta duda en el número 26 del Comentario, título del código *de secundis nuptiis*, comprendiendo en ella los dos casos de que la muger contraiga el segundo matrimonio de voluntad de su primer marido, y contrayéndose al primero dice que no se libertará la muger de las penas que le imponen las leyes, y se funda en que por el segundo matrimonio causa mas perjuicio á sus hijos que á sus maridos; y pasando á hablar de aquellos afirma que no les perjudica el consentimiento ó aprobacion del casamiento de su madre, dando por razon que es cosa muy diversa consentir en el matrimonio, y renunciar de las utilidades que les conceden las leyes; en que pecan los hijos, continúa, consintiendo un acto que aun cuando quisieran impedirlo no tenian facultad para hacerlo; lo que es conforme á la regla que establece, el que no contradice un acto que se puede ejecutar contra su voluntad ningun perjuicio debe esperimentar segun la ley 8.ª, §. 15, ff. *quibus modis pignus, vel hipoteca &c.*, debiendo decirse lo contrario si los hijos se obligaban y suscribian á unos pactos ó capítulos matrimoniales que les eran perjudiciales. Ciertamente sería bien estraño que el consentimiento espreso ó presunto de un acto no solo permitido sino lícito, que no tiene obligacion ni poder de impedirlo causase perjuicio á un tercero.

60 Quien mas detenidamente se propone probar esta misma opinion con sólidas y eficaces razones es don Francisco Sarmiento en el lib. 1.º, cap. 4.º *Selectarum interpretationum*, donde se estiende á decir que aun cuando el padre dispusiera en su testamento que si los hijos consentian en el matrimonio de su madre quedasen privados de las utilidades que les dispensaban las leyes, deberia desecharse esta condicion como torpe é injusta.

Ley XVI de Toro; es la 7.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó de su testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes, é la tal manda en lo que de derecho debiere valer.

COMENTARIO

á la ley 16 de Toro.

1 Dispone la presente ley que lo que el marido mandase á su muger al tiempo de su muerte ó en su testamento no se le cuente á la muger en la parte que esta ha de haber en los bienes multiplicados durante el matrimonio.

2 Es tan clara la decision de esta ley, que se hace ocioso todo Comentario para su inteligencia; pero por desgracia se han propuesto sus comentadores examinar y señalar la razon en que se funda la decision de ella, y han discordado tanto en este punto, que no sin gran fatiga se pueden leer sus Comentarios, en que sucesivamente se va notando la mala inteligencia que han tenido de la razon de decidir de esta ley.

3 Es constante que muchas veces es de suma importancia saber y conocer la razon de decidir de la ley para su cabal y perfecta interpretacion; pero en el presente caso para nada es conducente su averiguacion, como se hará ver, por lo que me abstendria gustoso de entrar en esta discusion únicamente dimanada del deseo de sutilizar de los comentadores; pero porque aun de los errores mas groseros se hace á veces necesaria la refutacion para precaver que otros los adopten incautamente, procuraré con la brevedad posible apuntar las varias opiniones de nuestros autores, y examinar los fundamentos de ellas.

4 Palacios Ruvios en el Comentario á esta ley, número 2.º, afirma que la razon de dudar en la formacion de ella estribaba en que el marido, segun la ley 1.ª, tít. 3.º, lib. 3.º del fuero real, está obligado á dar á la muger la mitad de las ganancias habidas

constante matrimonio, por lo que es tenido por deudor necesario, proviniendo su obligacion de la disposicion de la ley; y como todo deudor necesario y legal en caso de duda se presume que el legado que hace á su acreedor es en satisfaccion y compensacion de su deuda, se sigue de aqui que la decision de nuestra ley se desvia y separa de este principio.

5 Satisface en el número 3.º á esta dificultad diciendo que el marido no está obligado á partir las ganancias con la muger por alguna causa necesaria, sino por el contrato voluntario de sociedad tácita contraida en virtud del matrimonio, y en las obligaciones que se contraen voluntariamente no se presume la compensacion del legado si no se espresa, segun la ley 83, ff. *de legatis* §. 2.º, y por el contrario tiene lugar la compensacion cuando la obligacion proviene de la ley, y por lo mismo de causa necesaria, ó cuando procede de causa lucrativa, como la dote respecto de la hija, *leg.* 25, ff. *quæ in fraud. cred. fact.* §. 1.º y último.

6 El señor Covarrubias *de testamento*, capítulo 14, número 2.º, establece la distincion que hemos referido de Palacios Ruvios y entre el deudor convencional ó voluntario al principio, y entre el legal é involuntario. En el primer caso no admite ninguna compensacion, si le lega al acreedor alguna cantidad, fundado en la ley 85, ff. *de legatis* 2, y en la única §. *primum*, 3. C. *de re uxor act.* con el comun sentir de todos los profesores de uno y otro derecho. En el segundo caso confirma que se debe admitir la compensacion en lo que el deudor legase al acreedor, y cita la auténtica Praeterea C. *unde vir et uxor*, y la ley 22, §. 3.º, ff. *soluto matrimonio.* La razon de esta diferencia la señalan los autores en que la ley que impone obligacion á alguno contra su voluntad al mismo tiempo le concede el beneficio que el legado que haga al acreedor se le impute en la cantidad que le debe, á la manera que por las leyes 29 y 30, C. *de inofficioso testamento* se imputan en la legítima de los hijos los legados que les dejan sus padres. Hasta aqui Covarrubias, quien advierte en el número 3.º, que esta compensacion no ha de ser de cantidad con especie, ni de especie con cantidad, como se colige de la ley 18, ff. *de sign. act.* y de la última C. *de compensationibus*, y Antonio Perez en el mismo título, número 10.

7 Establecida la diferencia que queda referida entre el deudor convencional y legal pasa á contraerla el mismo señor Covarrubias, y dice en el número 8.º, que sin embargo de que la mitad de las ganancias que compete á la muger por la ley real de lo adquirido constante matrimonio se le defiera por la ley, no se le imputa á la muger en aquella mitad de ganancias el legado que le hace su marido, segun la disposicion espresa de la presente ley de Toro. Como de esto se seguia que en el acreedor legal no tenia lugar la compensacion contra la doctrina establecida, satisface diciendo que el no tener lugar la compensacion en el caso de la ley de Toro consiste en que la parte que corresponde á la muger de tal modo se le defiere *ipso jure*, que inmediatamente la adquiere la muger, ni se dice que se la debe el marido, sino que es propia de la misma muger; y como al tiempo que hace el marido el legado no es deudor de aquella mitad de gananciales, por eso no tiene lugar la compensacion.

8 Cotejada esta doctrina de Covarrubias con la de Palacios Ruvios se notan dos diferencias. La primera, que la obligacion que tiene el marido de partir las ganancias con su muger no proviene, segun Palacios, de obligacion legal ó necesaria, sino de obligacion voluntaria, cual es el contrato de tácita sociedad celebrado en virtud del matrimonio, y segun Covarrubias dicha obligacion dimana no del contrato de tácita sociedad, sino de la ley real, que divide por mitad entre marido y muger las ganancias adquiridas constante matrimonio.

9 La segunda diferencia consiste en que Palacios pone la razon de decidir de la presente ley en que el marido es deudor voluntario de la muger en la mitad de las ganancias adquiridas constante matrimonio, y por esa razon no tiene lugar la compensacion. Covarrubias se funda para que la ley no admita la compensacion en que la mitad de las ganancias se hace *ipso jure* de la muger, y por consiguiente al tiempo que le hace el legado el marido, ni este es deudor ni la muger acreedora.

10 Como la razon de decidir, que atribuye Palacios á la presente ley, se funda en que la obligacion de dividir los gananciales entre los consortes proviene de contrato, y no de obligacion legal y nece-

saria, se hace preciso detenernos á examinar este punto, para conocer si es cierta y segura la razon de decidir que señala.

11 Adhiere al dictamen de Palacios Luis Velazquez de Avendaño en la presente ley, número 2.º, aunque se aparta de la razon de decidir que propone Palacios, como veremos despues. Matienzo en la ley 7.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 7.º, sigue la opinion de Palacios en cuanto á que la obligacion de dividir los bienes gananciales entre los consortes es voluntaria, y por lo tanto no debe admitirse la compensacion. Otros autores se declaran por la sentencia de Covarrubias, como son Tello Fernandez en la presente ley, número 6.º y 16, y Acevedo en el Comentario á la misma, número 12.

12 Da por razon de su decision Palacios que la obligacion de dividirse los bienes gananciales los consortes proviene de causa voluntaria, cual es el contrato de tácita sociedad, celebrado en virtud del matrimonio, cuyo género de contratos son voluntarios al principio, y despues de contraidos se hacen necesarios, segun la ley 5.ª C. *de obligationibus et actionibus.* Este raciocinio en que se funda Palacios y los que le siguen tiene mas de especioso que de verdadero, como se convencerá por las razones siguientes.

13 Es constante que el matrimonio es un contrato voluntario, y que la sociedad entre marido y muger en cuanto á los gananciales se origina de algun modo del matrimonio; pero no por eso se ha de decir que la sociedad proviene de causa voluntaria. Es bien sabida la distincion que hacen los filósofos entre causa y ocasion. La causa influye y produce el efecto; pero la ocasion solo dispone, proporciona y como que convida á obrar sin tener otro influjo.

14 Supuesto este principio digo que el matrimonio solo es ocasion de la sociedad que tienen los consortes en los bienes de ganancia, y la causa de esta sociedad es la ley real que la establece.

15 En comprobacion de esto se vé, que ni por derecho comun ni por el canónico se dividian los bienes gananciales entre los contrayentes, como observa Matienzo, ley 2.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 2.º, glosa 1.ª, y siendo la causa de dicha sociedad el matrimonio, no podia menos de verificarse siempre que intervenia este; de que se convence que no es la verdadera causa de la sociedad de los bienes gananciales entre los contrayentes el matrimonio, sino la disposicion de la ley real, que con ocasion del matrimonio tuvo por conveniente establecerla.

16 La auténtica *Prætérea C. unde vir et uxor*, presta un testimonio irrefragable contra la opinion de Palacios. Dice esta ley que si se celebrase el matrimonio sin dote, y el consorte que muriese fuese rico, y pobre el que sobreviviese, deberá suceder este con los hijos comunes ó de otro matrimonio en cierta porcion mas ó menos cuantiosa, segun el número de los hijos, y se le imputará el legado en la porcion que ha de haber el consorte sobreviviente, ó lo que es lo mismo, tendrá lugar la compensacion.

17 Es innegable que del mismo modo que señala esta auténtica la porcion que ha de haber el consorte sobreviviente en los bienes del finado, establece la ley real la division de los gananciales por mitad entre los consortes; es así que en el caso de la auténtica tiene lugar la compensacion por reputarse la obligacion proveniente no de causa voluntaria sino necesaria *ex dispositione legis*, luego del mismo modo y por la misma razon se ha de decir que la sociedad de gananciales entre marido y muger no proviene del contrato del matrimonio, y de consiguiente de causa voluntaria, sino de causa necesaria, cual es la disposicion de la ley real. En uno y otro caso en virtud del matrimonio ni el consorte sobreviviente conseguiria la porcion que le señala la auténtica, ni los consortes obtendrian la sociedad que establece la ley real; lo que acredita de un modo conveniente que la disposicion de la ley en uno y otro caso es la verdadera y única causa de los efectos que logran los contrayentes. Si se pretende decir que si no se hubiera celebrado el matrimonio no tendrian los contrayentes la sociedad en los gananciales, y de este modo atribuir al matrimonio la causa de dicha sociedad, igualmente se puede asegurar que si no se hubiera contraido el matrimonio no tendria el consorte sobreviviente la porcion que le señala la auténtica en los bienes del finado y con todo no se atribuye al matrimonio la causa de esta disposicion, luego del mismo modo será compatible en el caso de la ley real, que la sociedad de gananciales no hu-

biera tenido lugar entre los consortes si no se hubiera celebrado el matrimonio, y que no sea este la causa verdadera de dicha sociedad, sino la disposicion de la ley real.

18 Por disposicion legal debe el padre á la hija la dote *leg. fin.* C. *de dotis promissis*, y al hijo la legítima, §. 6.º, *Inst. de inofficioso testamento*, y por esta razon el legado se compensa con la dote de la hija, *leg.* 22, §. *si pater 3*, ff. *soluto matrimonio*, y con la legítima del hijo, *leg.* 30, C. *de inofficioso testamento*, y sin embargo se hace preciso confesar que si el padre no hubiera contraido matrimonio del que le nacieron los hijos, ni tendria que dotarlos, ni dejarles sus legítimas.

19 Pretende Palacios en el número 4.º que el admitirse la compensacion en la dote de la hija no es porque la obligacion proviene de causa necesaria, sino porque la dote respecto de la hija es causa lucrativa, y de aqui infiere *à contrario sensu*, que cuando la muger consigue la dote de su marido por título oneroso y no lucrativo no se compensará con el legado que le haya dejado este, sino que conseguirá la dote y el legado. De este principio infiere en el número 5.º que si el marido le lega alguna cosa á la muger no se ha de presumir que le lega la dote, y asi conseguirá uno y otro, como lo dispone la ley 1.ª, §. 3.º, C. *de re uxor. act.* Pero se ha de decir que aunque las ilaciones que saca Palacios son ciertas y seguras, el principio de donde las deduce es conocidamente falso. El admitirse la compensacion en el caso de la dote de la hija es porque el padre está obligado por disposicion legal á dotarla, y de consiguiente rige la doctrina del deudor legal y necesario. Y el no admitirse la compensacion en el caso de la dote de la muger proviene de que la obligacion del marido no dimana de causa necesaria y legal, sino de mera convencional; y asi el marido en el caso de la restitucion de la dote es deudor voluntario, segun confiesa Avendaño en el número 2.º, porque pudo libremente recibir indotada á su muger, como lo dispone la ley final C. *de donatione ante nuptias.*

20 Hemos visto y probado que la obligacion que tienen los consortes de dividirse entre sí los bienes gananciales no es voluntaria nacida del contrato de tácita sociedad, como pretende Palacios, sino legal y necesaria, deducida de la disposicion de la ley real, como lo sienta Covarrubias, aunque Avendaño con conocida equivocacion afirme, número 3.º, que este autor dice que en duda no se presume en el marido que lega alguna cosa á su muger el ánimo de compensar, porque es deudor voluntario.

21 Síguese tratar de la razon de decidir de la presente ley. Palacios quiere que la presente ley cuando niega la compensacion al marido en el legado que hace á su muger, sea porque el marido es deudor voluntario, y no legal y necesario de su muger de la mitad de las ganancias adquiridas constante matrimonio. Hemos hecho ya ver que la obligacion que tiene el marido de dividir los gananciales con su muger es legal y necesaria. De aqui se sigue que careciendo de fundamento el principio en que se apoya Palacios para señalar la decision de la presente ley, ha de carecer tambien de fundamento la decision misma. Covarrubias en el número 8.º del lugar citado dice, que la causa de no admitirse al marido la compensacion en la presente ley es porque de tal suerte se defiere á la muger la mitad de los bienes gananciales en virtud de la ley real, que inmediatamente se hace propia de la misma muger, y de consiguiente como al tiempo que le hace el legado el marido ya no es este deudor de aquella mitad de bienes gananciales, no puede tener lugar la compensacion.

22 Avendaño en el número 21 nota en esta doctrina de Covarrubias que aunque segun la opinion mas cierta la muger adquiera constante matrimonio el dominio de su mitad de gananciales, con todo no es cierto que tenga la muger, viviendo el marido, el ejercicio real de aquel dominio, antes por el contrario tiene el marido ínterin viva la facultad de disponer á su voluntad de los gananciales, y por tanto justamente se le podrá llamar deudor mientras vive de aquella mitad de gananciales pertenecientes á la muger, como si *in actu* no hubiera pasado á la muger, ni privádose de esta mitad de gananciales al marido hasta verificarse su muerte. Lo que confirman claramente las últimas palabras de la ley que dice: *en la parte que la muger ha de haber, esto es, despues de la muerte del marido su deudor.*

23 Esta doctrina que sienta Avendaño es tanto mas cierta cuanto es conforme á la que da el mismo Covarrubias en las Variedades, lib. 3.º, C. 19, número 2.º Dice

este autor que el marido puede sin consentimiento de su muger enagenar todos los bienes gananciales que haya adquirido constante matrimonio, y se funda en que la comunion de gananciales entre el marido y muger no es propiamente *in actu*, sino en hábito y crédito, porque el marido es actual señor por la autoridad que tiene de administrar y enagenar. De aqui es que esta comunion, disuelto el matrimonio, pasa *ipso jure* á ser actual y en ejercicio, haciéndose real y verdadera en cuanto al dominio y posesion. Durante el matrimonio esta comunion es impropia en cierto modo en cuanto al dominio y posesion, é impedida por razon de la administracion, que compete al marido. Hasta aqui Covarrubias.

24 El no ser la comunion de gananciales entre marido y muger propiamente *in actu*, sino en hábito y crédito, porque es el marido actual señor en virtud de la administracion, no es otra cosa sino ser la muger acreedora de su mitad de gananciales pertenecientes por razon de la comunion, y el marido de consiguiente se tiene como deudor de dicha mitad de gananciales correspondientes á la muger, hasta que por la disolucion del matrimonio pasa *ipso jure* á ser en la muger actual, ó en ejercicio dicha comunion de mitad de gananciales en cuanto al dominio y posesion.

25 Si ínterin vive el marido ó no se disuelve el matrimonio, la muger es acreedora de su mitad de gananciales, y el marido deudor de la misma mitad, no parece puede tener lugar la razon de decidir que señala Covarrubias, y es la de que al tiempo que el marido hace el legado ya no es deudor de la mitad de gananciales á su muger, por lo que no se debe admitir la compensacion, pues el legado lo hace en vida el marido, y hasta su muerte no deja de ser deudor de su muger, de que se convence que al tiempo de hacer el legado era el marido deudor de su muger de la mitad de gananciales.

26 Para libertarse de incurrir en el inconveniente que ha notado á Covarrubias, dice Avendaño en el número 22 que la verdadera razon de decidir de la presente ley es que como al tiempo que se ha de tratar de la compensacion, que ha de ser despues de la muerte del marido, pertenezca ya á la muger la mitad de los gananciales *in actu* é irrevocablemente, no se puede decir que su marido, que entonces ya no existe, es deudor de su muger; ni por consiguiente se puede asegurar que como deudor voluntario ha querido compensar el legado con la mitad de gananciales, sino que antes bien se ha de decir que no ha tenido ánimo de compensar, del mismo modo que no lo tendria si hubiera hecho el legado á un estraño. Hasta aqui Avendaño, con lo que escluye y desvanece tambien la razon de decidir que señala Palacios.

27 Esta razon de decidir que dá Avendaño á la presente ley es la mas conforme y adecuada de cuantas proponen los espositores, y la que le hizo decir, número 1.º, que ninguno de los varios autores que esponian la presente ley y habian llegado á sus manos la habian entendido.

28 Tello Fernandez, anterior á Avendaño y posterior á Covarrubias, impugna la razon de decidir de este autor, fundado en que la muger no adquiere constante matrimonio el dominio y posesion de su mitad de gananciales; y como la razon de decidir de Avendaño conviene en esta parte con la de Covarrubias, se hace preciso examinar los fundamentos de Tello en este punto para conocer si debe ó no seguirse la opinion de Avendaño en la razon de decidir que señala.

29 Es comun entre nuestros autores nacionales la sentencia que afirma que la muger adquiere constante matrimonio el dominio y posesion de la mitad de los bienes gananciales, como se ve en Covarrubias, lib. 3.º, *variarum*, cap. 19, número 2.º, y Matienzo en la glosa 3.ª á la ley 9.ª de Toro, libro 5.º de la Recopilacion; y Acevedo á la misma ley, donde citan á otros, aunque con el temperamento que trae el Covarrubias en el lugar citado, número 2.º, de que el dominio que tiene la muger está *in habitu et credito*, hasta que se disuelve el matrimonio. Son varios los fundamentos de esta opinion, y como solamente Tello se separa de ella, me ha parecido para mejor claridad proponer primero por su órden los fundamentos de la opinion de Tello, y al satisfacer á cada uno en particular esponer los que se alegan por la afirmativa.

30 Se ha de suponer que por derecho comun de los romanos en la compañía de todos los bienes presentes se comunica entre los socios sin necesidad de tradicion el dominio y posesion de dichos bienes, Covarrubias *loco citato*, número 1.º En la sociedad de bienes futuros adquiridos *no-*

mine societatis, rige la doctrina del caso antecedente, Covarrubias, *ibid.* En los bienes futuros adquiridos, *nomine propio*, de alguno de los socios no se transfiere, *ipso jure*, el dominio y posesion, aunque dichos bienes deben dividirse entre los socios, Covarrubias *ibid.*; de cuya doctrina no se separa Tello, número 11.

31 El primer fundamento de su opinion lo pone Tello en que no conviene apartarse de la disposicion del derecho comun, si no está derogado por el real; es asi que la ley 47, tít. 28, partida 3.ª que se alega habla de una sociedad universal donde interviene un pacto espreso para que se comuniquen los capitales y bienes que se adquieran, y entonces no es de estrañar que la ley de partida haya querido corregir á la ley 74, ff. *pro socio*, *si quis societatem contraxerit*, que dispone que lo que uno compra sea de aquel, y que en el juicio de sociedad se le precisa á comunicarlo.

32 Pasa en el número 12 á contraer esta doctrina á la sociedad entre marido y muger, y esclama maravillándose de que se pueda aplicar á la presente cuestion. Entre los consortes dice no hay sociedad universal, porque es de naturaleza de la sociedad universal que *ipso jure* se comuniquen los capitales, segun la ley 1.ª, ff. *pro socio*, y entre el marido y la muger no se comunican los capitales, porque la dote y bienes de la muger siempre se le conservan salvos é íntegros. A mas de esto en la sociedad universal se comunican los legados, donaciones y herencias, y todo lo demas adquirido por cualquier razon, ley 3.ª, §. ff. *pro socio*; es asi que entre marido y muger no se comunican los legados y donaciones, ni cualquiera otra cosa que se adquiera por título oneroso, segun las leyes 2.ª y 4.ª, tít. 4.º, libro 5.º, *ordin.* (que se hallan en la 3.ª y 5.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion), luego por la ley de partida que corrige la disposicion del derecho comun (porque solamente dispone en la sociedad universal, en la que todas las cosas se comunican, y los bienes de marido y muger no se comunican sino en los bienes que se adquieren) no se perjudica á la opinion del autor. Hasta aqui Tello.

33 Este argumento de Tello se reduce á que la ley de partida que dispone que *toda ganancia que haya, cualquiera de los socios pase el dominio de ella á los demas como si cada uno de ellos la hubiese hecho*: habla de la sociedad universal en que se comunican capital y gananciales, y no siendo de esta especie la sociedad que hay entre marido y muger, sino únicamente reducida á los gananciales, no debe regir en ella la disposicion de dicha ley.

34 Para disolver esta dificultad se ha de decir que si por sociedad universal entiende Tello precisamente aquella en que se comunican los capitales y gananciales, la ley citada de partida no habla de sociedad universal, como se ve por las siguientes palabras. *Otrosi decimos que cuando facen los hombres compañías entre sí, poniendo que todos los bienes que han ó ganaren dende adelante, que sean comunalmente de todos los compañeros*; en las que se ve que la ley no usa de copulativa entre los capitales y gananciales, sino de la disyuntiva, ó para manifestar que bien sea la compañía de capitales y gananciales, ó de estos solamente, debe tener lugar la disposicion de la ley, que comunica el señorío y dominio de la cosa entre los compañeros, como observa Acevedo en la presente ley de Toro, número 2.º Si por compañía universal se entiende aquella que meramente se dirige á hacer comunes los bienes futuros, no puede haber duda que entre marido y muger hay compañía universal dirigida á comunicarse los bienes gananciales, y de consiguiente debe tener lugar entre marido y muger la disposicion de la ley de partida para comunicar el señorío de la cosa entre los compañeros.

35 Con cualquiera de los dos estremos de la disyuntiva que se elija queda disuelto el argumento de Tello; pero para mayor claridad se ha de decir que para proceder con la debida claridad en este punto y hacer ver la equivocacion de Tello debe tenerse presente que las sociedades pueden contraerse de tres modos diferentes, á saber, pactando los socios comunicarse y hacer recíprocamente suyos todos los bienes presentes y futuros, por cualquier título que se adquieran, bien sea oneroso ó lucrativo, y de esta sociedad habla la ley 3.ª, §. 1.º, y la 73 ff. *pro socio*, y la 3.ª y 6.ª, tít. 10, partida 5.ª Tambien puede contraerse sociedad limitando sus efectos á los bienes futuros ó que se adquieran en lo sucesivo durante la misma, y en tal caso, no especificándose otra cosa, se entiende limitada á los bienes que se adquieran *ex quæstu*, esto es, de los que provienen de obra,

industria ó negociacion de los socios, segun la ley 7.ª y 8.ª, ff. *pro socio*, sin comprender en esta los bienes que se adquieran de título lucrativo, como son herencia, legado, donacion pura, ó *mortis causa*, segun se espresa en la ley 9.ª y 71, §. 1.º del mismo título, con cuya disposicion se conforma la ley 7.ª de la partida citada. Finalmente, se puede contraer sociedad ciñéndola únicamente á un trabajo, industria ó negociacion particular, de la cual habla la ley 5.ª al principio, y la 52, §. 5.º del espresado título, y la 3.ª y 7.ª del tít. 10 de la citada partida, poniendo por ejemplo la compañía formada para vender vino, paño ú otra cosa semejante.

36 Tratando de estas tres especies de compañía Heineccio en los Elementos del derecho, segun el órden de las pandectas, en el libro 17, tít. 2.º, *pro socio*, §. 241, llama á la primera de ellas universal, á la segunda general, y á la tercera singular ó particular.

37 A la segunda especie de estas sociedades corresponde la que contraen marido y muger durante el matrimonio en virtud de nuestras leyes, la cual no es universal, porque no comprende los bienes presentes ni todos los futuros, sino aquellos que se adquieren por trabajo, industria ó negociacion, que son los gananciales que dicen las leyes civiles provienen *ex qüestu*, sin comprender en ella los que se adquieren por título lucrativo, como legado, herencia ó donacion, ni es singular, porque no se limita á una sola especie, ni industria ó negociacion, sino que se estiende generalmente á cuanto adquieran los consortes por cualquiera especie de negociacion ó industria que sea, y de consiguiente la sociedad que se contrae por el matrimonio es general para todos los bienes que se adquieran por industria ó negociacion, eximiendo de ella los que provengan de título lucrativo, como lo espresa entre otros Matienzo, fundado en la ley 3.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion, glosa 1.ª; tambien despues de otros Juan García en su erudito y sabio tratado *de conjug. à qüestu* al número 127, donde cita la referida ley 3.ª y 5.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion, que espresamente escluye de la comunion lo que alguno de los consortes ganare por herencia de padre ó madre, ó por los demas títulos que indica, habiendo ya dicho antes al número 12 que por nuestro derecho real, á diferencia del civil, la muger inmediatamente se hace señora y poseedora de los bienes que se adquieren durante el matrimonio, y se funda en la ley 47, tít. 28 de la partida 3.ª, citando otros varios autores que afirman lo mismo.

38 De esto se infiere que no siendo la compañía que hay entre marido y muger de una cosa señaladamente, sino general de gananciales, no puede tenerse por particular, sino que precisamente se ha de tener y decirse general, aunque no de todos los bienes presentes y futuros, pero sí de los gananciales.

39 Siendo, pues, general respecto de los gananciales la compañía que hay entre marido y muger, no puede menos de confesarse debe regir entre ellos la disposicion de la ley citada de partida, que quiere que toda ganancia que haga cualquiera de los socios pase el dominio de ella á los demas como si cada uno de ellos la hubiera hecho.

40 Sin que obste el que no sea sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros, pues como sábiamente observa Gregorio Lopez en la glosa 2.ª, §. *mihi vero*, á la ley 55, tít. 5.º, partida 5.ª, el disponer la ley de partida que en los bienes gananciales pase el señorío á los socios de lo que cada uno adquiere, no es por ser sociedad de todos los bienes, pues aun en este caso en los gananciales no se comunicaba por derecho comun el señorío á los socios de lo que cada uno adquiria *nomine propio*, como lo confiesa el mismo Tello, número 11 al principio, sino porque la ley quiso que el mismo derecho que regía en la sociedad universal respecto de los bienes presentes rigiese en la universal respecto de los gananciales.

41 Viene á reconocer esto mismo Tello cuando atribuye en el número 101 la disposicion de la ley de partida no meramente á que la sociedad de que habla la ley era de todos los bienes, sino á que en ella intervenia un pacto espreso de que los capitales y gananciales fuesen comunes. Oiganse sus palabras: *supradicta lex P. loquitur in societate omnium bonorum pacto expresse apposito, quod capitalia, et adquirenda sint communia, hoc casu nimirum lex voluit jus commune corrigere*; pero si hubiera tenido presente Tello que este pacto espreso no daba mas fuerza á la compañía que la que tenia en virtud del tácito, por

el cual siempre se entienden que han de ser comunes los bienes sobre que se hace, como lo declara la ley 3.ª, tít. 10, partida 5.ª por estas palabras. "E si sobre las ganancias é las pérdidas no fuere puesto pleito, en qué manera se deban compartir entre ellos, estonces débenlas partir egualmente;" no se hubiera valido de este pretesto para afirmar que por la ley de partida no se alteraba la disposicion del derecho comun. *Me autem* (dice) *dicta lex P. non cogit ut à communi romanorum intelectu debiem adeo quod liberter afirmo dominum nec posesionem in uxorem transire.*

42 Desconfiando sin duda de esta solucion que da á la disposicion de la ley de P., afirma que el fundamento de dicha disposicion de la ley es el que asi lo quiso el legislador: *vel dicemus quod sic placuit legislatori*; y á este fin alega una autoridad de san Agustin, que dice que las leyes no se han de examinar despues de establecidas, sino que debe juzgarse por ellas. Si este consejo lo tuvo Tello por suficiente para eximirse de responder á una ley que abiertamente contradecia su opinion, con razon deberia haberse aprovechado del mismo para no escribir cuatro hojas y media de Comentario á la presente ley de Toro, sin otro fin que examinar cuál fue la razon de su decision. La autoridad que cita de san Agustin está en el cap. 3.º, dist. 4.ª, y en ella pretende el Santo que á los jueces no toca conocer de la justicia ó injusticia de las leyes despues de establecidas, sino únicamente sentenciar por ellas. Va el Santo á persuadir en este lugar el respeto y sumision con que se deben observar las leyes divinas, sin detenerse á examinar con sutileza la razon por qué se establecieron, y para probar esto se vale del ejemplo del juez, que religiosamente debe observar las leyes establecidas, sin separarse á investigar si son ó no justas. Estas son sus palabras. *In istis temporalibus legibus, quamquam de his homines judicent cum eas instituunt, tamen cum fuerint et formatæ non licebit judici de ipsis judicare, sed secumdum ipsas.* De que se ve cuán importunamente se sirve Tello de la autoridad de san Agustin para eximirse de señalar una prudente razon de la decision de la citada ley de partida.

43 En cuanto á lo que pretende Tello de que si la sociedad que hay entre los casados fuera universal deberian comunicarse entre los mismos los legados, donaciones y herencias, y todo lo demas que adquieren, basta responder que eso se entiende cuando la compañía es universal respecto de los bienes presentes y futuros; pero no sucede asi cuando solo es general respecto de los gananciales, mayormente estando declarado por la ley 3.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que en las donaciones y herencias no haya comunion entre marido y muger, sino que únicamente sean de aquel á quien se hacen: ni por esta limitacion de esta ley real pierde el concepto y naturaleza de general la compañía que hay entre los consortes, quedando en su vigor para los demas gananciales.

44 Pasa en el número 13 á poner el segundo fundamento, con el que pretende que no solo no se contrae sociedad universal por el matrimonio, pero ni aun particular, y se funda en que es de naturaleza de la sociedad que los capitales de los socios queden espuestos á sufrir las pérdidas, de forma que no es válida la sociedad en que los gananciales sean comunes, sin quedar espuesto á las pérdidas el capital de uno de los socios. Cita algunos autores, y concluye con que entre marido y muger no hay sociedad alguna.

45 Este argumento es de aquellos que por probar mucho no prueban nada. Si entre marido y muger no hay alguna sociedad, ¿en virtud de qué dividen entre sí por iguales partes los bienes gananciales disuelto el matrimonio? Si no hay ninguna sociedad entre los casados respecto de los gananciales, ¿en virtud de qué reconoce Tello, número 16, por deudor al marido respecto de su muger de las cosas lucradas constante matrimonio?

46 Es constante por derecho real que lo que ganan marido y muger estando juntos es comun de ambos, ley 2.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y lo deben partir por iguales partes, sin que haya entre nuestros autores quien se atreva á dudar de esta verdad. De donde se sigue necesariamente que entre los mismos hay sociedad. No es particular respecto de una cosa determinada, ni universal de todos los bienes presentes y futuros, como queda probado, sino general respecto de los gananciales que provienen *ex opera et industria*, como lo manifiesta la ley 7.ª y 8.ª, ff. *pro socio.*

47 El que en la sociedad que hay entre marido y muger el capital de esta no que-

de espuesto, ni responsable á las pérdidas que sobrevengan, no dice repugnancia con la naturaleza de la sociedad. Es constante puede contraerse sociedad con pacto de que uno de los socios tenga parte en el lucro ó gananciales, y esté libre de sufrir el daño ni aun en parte, como lo reconoce el mismo Tello, fundado en la ley 29, ff. *pro socio*, §. 1.º, y es en el caso en que dos hiciesen sociedad, poniendo uno dinero y el otro la industria, y este estipulase del otro compañero no quedar obligado á resarcir en parte el daño que acaeciese en el dinero, que era el capital, y llevar parte del lucro que se hiciese en dicha compañía, como lo afirma Covarrubias, lib. 3.º, *variarum*, capítulo 2.º, número 3.º, §. 6.º, *poterit*, y debe entenderse por lucro aquel ganancial que quedare, resarcidos primero todos los daños, segun lo declara la ley 30, *eod. tit.*

48 Esto supuesto se ha de decir que no repugna á la naturaleza de la sociedad que hay entre marido y muger el que esta participe del lucro sin esponerse al daño. No es la compañía que hay entre los consortes una compañía espontánea y voluntaria, contraida con el fin de comerciar y adquirir, en que todo pacto que induce desigualdad entre los compañeros se reputa por usurario; antes al contrario es una compañía legal y necesaria por las mismas razones que hemos hecho ver, que el marido es deudor legal y necesario de su muger en la mitad de los gananciales, contraida con el fin de mantener y ayudar á sufrir las cargas del matrimonio, á las que contribuye la muger con sus bienes é industria, sin que deba presumirse usurario el pacto que induzca desigualdad en una compañía que solo tiene por objeto soportar las cargas del matrimonio.

49 Esta desigualdad que induce la ley en la compañía entre los consortes se recompensa con el beneficio comun que resulta á la república, segun la ley, ff. *de solut. matrimonio*, en conservar ilesas las dotes á las mugeres, para que de este modo puedan casarse y dar hijos al estado.

50 Ni siempre es perjudicial al marido este género de sociedad, antes bien muchas veces le es mas favorable y ventajoso que á la propia muger, y es cuando los bienes de esta, ó son los únicos que se traen al matrimonio, ó mucho mas cuantiosos que los del marido, pues en uno y otro caso se dividen por mitad los gananciales entre marido y muger, segun la ley 4.ª, título 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

51 Todas estas particularidades que se observan en la sociedad que hay entre los casados le hizo decir á Molina *de justitia et jure*, tratado 2.º, disputa 423, número 3.º, que este no es un contrato puro de sociedad, sino mezclado de otro por parte de la muger, y se reduce á que esta ofrece al marido todos sus bienes, obras é industria para que pueda sustentar todas las cargas del matrimonio, y que le conserve ileso todo su capital; pero si resultaren gananciales de tus bienes y mios, y de tu industria y mia, la mitad me pertenece á mí y la otra á tí, en cuyo contrato aparece una verdadera sociedad. Hasta aqui Molina, de que se convence que este contrato solo es de sociedad en cuanto á los gananciales.

52 Lo demas que propone Tello en el mismo número se reduce á que por derecho civil de los romanos los casados ni son socios legales, ni hay entre ellos comunion de bienes, y no verificándose ni uno ni otro, la disposicion de la ley de partida en nada perjudica á que entre marido y muger no se adquiera el dominio y posesion de los gananciales por mitad. Pero se ha de decir que aunque por derecho civil no hay sociedad de gananciales entre los casados, la hay por derecho real, y esto basta para que la disposicion de la ley de partida que habla de los socios deba tener tambien lugar entre los consortes, en quienes se encuentra una verdadera sociedad.

53 En el número 14 pone el tercer fundamento, deducido de la esposicion que da á las palabras de la ley del ordenamiento, que es la 2.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y para esto se propone esplicar si la palabra *haya*, de que usa la ley, es directa ó comun, y las varias acepciones en que se puede tomar el verbo haber, sin que signifique precisamente la translacion del dominio, y asi quiere que se deba interpretar segun la materia en que se verse; de forma que el verbo haber comprende, no solo las cosas que con dominio se poseen, sino tambien aquellas que se tienen en depósito, préstamo ó en prendas, segun lo espresa claramente la ley 1.ª, §. 33, ff. *de vi, et vi armata*, y aun aquellas á que se tiene derecho, como lo manifiesta Ulpiano en la ley *id. apud*, ff. *de verb. sign.*, donde dice "*habetur enim quod peti potest*;" y teniendo esta generalidad el verbo haber, se

debe entender y dar aquel sentido que es menos repugnante al derecho comun.

54 Esto supuesto, y como prescindiendo de las razones espuestas, admite que las palabras de la ley real denoten la translacion del dominio *ipso jure* en la muger en el mismo instante de la adquisicion; pero quiere se entienda esto en los términos y circunstancias de la ley, y pone las siguientes palabras de la ley: *toda cosa que el marido y la muger compraren de consuno áyanlo ambos de por medio.* De aqui infiere que si las palabras *áyanlo de por medio* denotan translacion de dominio, es solo en el caso que marido y muger compran de mancomun, y haciéndose la compra de mancomun no es maravilla se transfiera á los dos el dominio, y lo mismo afirma en el caso de que la donacion se haya hecho á marido y muger, fundado en las siguientes palabras de la ley: *é si fuere donado de Rey y lo diere á ambos, áyanlo marido y muger.* Que es decir, que solo en los dos casos que espresa la ley de que la compra se haga por marido y muger juntamente, ó la donacion se haga á los dos, admite que el dominio y posesion se transfiere á la muger por mitad. A este fin dice que la palabra de la ley *de consuno* no se ha de entender por lo mismo que estando juntos, como quieren algunos, sino por equivalente á *simul*; de forma que sea el sentido que la compra la han de hacer marido y muger juntamente, ó en nombre de los dos, sin que baste el que vivan juntos.

55 En satisfaccion al fundamento propuesto se ha de decir es cierta la estension y varia significacion del verbo haber, y esta hace que no se pueda dar una regla general y segura para su inteligencia, sino que debe concretarse á la materia de que se trata, como el mismo Tello lo reconoce.

56 Valiéndonos, pues, de esta regla, tanto mas segura para responder á las razones de Tello, cuanto él mismo la propone y admite, decimos que el verbo haber, en el sentido que lo usa la ley del ordenamiento, significa la translacion del dominio, por ser este el sentido mas conforme á derecho en la presente materia, y es la razon porque en dicha ley se trata de si se transfiere en los socios el dominio de las cosas que adquieren en el tiempo de la sociedad; y como hemos hecho ver en la respuesta al primer fundamento de Tello, no solo que con arreglo á la ley de partida en la compañía general se transfiere *ipso jure* el dominio de las cosas que se adquieren por cualquiera de los socios á todos los demas, sino que por las leyes reales se contrae compañía general entre marido y muger respecto de los gananciales, se sigue manifiestamente que todas las razones que dejamos espuestas en satisfaccion al primer fundamento de Tello para acreditar la translacion de dominio entre los socios, en virtud de la ley de partida, y que entre marido y muger por derecho real interviene sociedad general respecto á los gananciales, persuaden claramente que la ley del ordenamiento usa del verbo haber en el significado de transferir el dominio, por ser el mas conforme á las disposiciones reales en la presente materia.

57 En cuanto á la esposicion que señala Tello á la ley del ordenamiento, queriendo que se entienda trasladado el dominio en la muger solo en el caso que se hiciere la compra juntamente en nombre del marido y de la muger, pretendiendo que esto quiere decir la palabra *de consuno*, se ha de responder que esta es una esposicion voluntaria destituida de fundamento y nada conforme á la misma ley. Se trasladó al ordenamiento esta ley del lib. 3.º, tít. 3.º, ley 1.ª del fuero real, donde dice asi: *toda cosa que el marido y la muger ganaren ó compraren de consuno, áyanlo ambos por medio.* De aqui se vé que lo que dispuso la ley en el caso de la compra se ha de estender al caso de la ganancia; y como de esta no se puede creer quisiera la ley limitarla al caso de que al mismo tiempo ó *simul* ganasen marido y muger una misma cosa, por ser esto un caso que con dificultad se verificaria; por la misma razon se ha de decir que en el caso de la compra no exige para que se comunique el dominio entre marido y muger que la hagan juntamente ó en nombre de los dos.

58 En confirmacion de esto mismo vemos que tratando la ley 2.ª, tít. 4.º, lib. 5.º del ordenamiento, de si las ganancias que hace el marido en la hueste ó guerra deben comunicarse á la muger, ordena que si el marido iba por soldada del Rey ó de otro, todo lo hace suyo; pero si fuese sin soldada á costa suya y de su muger, todo cuanto ganare ha de ser comun con ella, y da por razon, que asi como la costa fue comun debe serlo la ganancia; de cuya resolucion se colige no es necesario que la compra ó

ganancia se haga en nombre de marido y muger para que se comunique entre ellos el dominio de la cosa adquirida, sino que basta, con arreglo á la disposicion de la ley de partida, que la ganancia se haga por cualquiera de los compañeros para que el señorío ó dominio de ella pase á los demas, tan bien como si cada uno de ellos la hubiese hecho. No pudiéndose dudar que la ganancia que el marido tenga en la guerra la hace en nombre propio suyo, por mas que el coste de su manutencion se haga á espensas de marido y muger.

59 Ni la palabra *de consuno*, de que usa la ley, tiene el significado que la da Tello, siguiendo á Palacios Ruvios en el número 25 de la presente ley de Toro, esto es, el que marido y muger hagan la compra juntamente ó con dinero comun, segun Palacios, ó en nombre de los dos, como pretende Tello, sino que la palabra *de consuno* se ha de entender por vivir juntos ó no estar divorciados, si por casualidad se hallan ausentes, como mas latamente se espone en la ley 77, donde tratamos de las cualidades que han de concurrir entre los casados para que los gananciales sean comunes.

60 Que sea el verdadero y genuino significado de la palabra *consuno* el que dejamos espuesto no se puede dudar, despues que habiéndose trasladado dicha ley del ordenamiento á la 2.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, vemos en ella que en lugar de las antiguas palabras *compraren de consuno*, se han substituido las siguientes: *compraren estando de consuno*, para significar la simultánea cohabitacion. No debe atribuirse este error á Palacios Ruvios y á Tello, habiendo escrito sus Comentarios á las leyes de Toro antes de la formacion de la nueva Recopilacion.

61 El que en el caso de la donacion pida la ley que se haga á marido y muger para que se comunique á entrambos, proviene de que la sociedad que hay entre marido y muger no es universal de todos los bienes presentes y futuros, sino general de los gananciales, y en esta especie de compañía no se comunican entre los socios aun por derecho civil los legados, donaciones y herencias, *leg. 9.ª*, ff. *pro socio*, y es la razon porque estas cosas no provienen de la industria, sino de algun mérito personal.

62 En confirmacion de cuanto se ha dicho en la presente materia para probar que *ipso jure* se transfiere á la muger el dominio de la mitad de gananciales adquiridos constante matrimonio, puede añadirse que en el mismo sentido que usa la ley del ordenamiento (*cuando dice que si el donado se diese á uno, lo haya aquel solo á quien se dió*) de la palabra *haya*, se ha de entender que usa en los casos de que la compra se haga viviendo juntos, ó la donacion sea para los dos; es asi que en el primer caso no se puede negar que la palabra *haya* significa la translacion del dominio en aquel á quien se hace la donacion, con que en los otros dos casos se ha de decir que tiene igual significado, y de consiguiente que se transfiere el dominio en la muger y el marido.

63 Despues de rebatir Tello con los fundamentos referidos la razon de decidir que da Covarrubias á la presente ley, pasa á proponer la suya en el número 16, y dice que el no admitir la ley la compensacion del legado con la mitad de los gananciales, consiste en que aunque el marido sea deudor legal, no es deudor de cantidad, sino de todas las especies que se han adquirido constante matrimonio, y de cantidad con especie no se admite compensacion, y aunque en los gananciales puede haber cantidad, con todo, como no se reputa por cantidad, sino por cuerpo en general de todo lo adquirido, por tanto justamente dispuso la ley que no se admitiese la compensacion.

64 Todo este raciocinio de Tello, y la razon de decidir que pretende señalar á la ley, se reduce á que como no se da compensacion de especie con cantidad, y el marido es deudor á la muger de las especies adquiridas constante matrimonio, por tanto ordena la ley que la mitad de gananciales que el marido debe á la muger no se compense con el legado que le deja.

65 Es constante no se da compensacion de cantidad con especie, ni de especie con cantidad, como lo sienta Covarrubias, citando a otros, *de testamentis*, cap. 14, número 3.º; Antonio Perez, tít. 31, lib. 4.º, C. número 10; Molina, *de justitia et jure*, tomo 2.º, tít. 2.º, disputa 560, número 19, y Acevedo en la presente ley, número 11; y para conocer la aplicacion que hace Tello de la compensacion al caso ó resolucion de la ley, se hace preciso esplicar y manifestar la naturaleza de la compensacion, y las cosas en que puede ó no tener lugar.

66 La compensacion, segun la define Modestino en la ley 1.ª, ff. *de compensationibus, est débiti, et crediti inter se contri-*

butio, que es decir, que la compensacion es una junta ó mezcla de deuda y crédito á fin de que cesen las obligaciones que hay de una y otra parte, segun Antonio Perez, *loco citato*, número 1.º; pero mas claramente lo esplica la ley 20, tít. 14, partida 5.ª, donde dice que compensacion es descontar la una deuda por la otra; óiganse sus palabras: *é compensacion en latin tanto quiere decir en romance como descontar un debdo por otro: é esto seria como si un ome demandase á otro en juicio mil maravedis: é este á quien los demandare dijese que queria probar que le debia él otros tantos á él, é que pedia de derecho al judgador que le mandase que fuesen quitos los unos por los otros: ca estonce fallando el judgador en verdad que asi es, debe mandar que se quite el un debdo por el otro, é son tenudos de lo otorgar, é de facer asi.*

67 Se vé por esta ley que la compensacion supone deuda de una y otra parte, y para no tener que pagar á uno de quien se ha de cobrar, se introdujo la compensacion, á fin de que sin llegar á un mútuo desembolso se satisfaciesen las respectivas obligaciones, y asi dice Pomponio en la ley 3.ª, ff. *de compensationibus*: *ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere*: supuesta ya la naturaleza de la compensacion veamos las cosas en que puede ó no tener lugar.

68 Tiene lugar la compensacion en aquellas cosas que constan de número, peso y medida, las que generalmente se dice que tienen funcion en su género, porque una se puede substituir en lugar de otra: no se ha de entender tan general este principio que se crea que el vino, por ejemplo, puede compensarse con el trigo, y este con el aceite y dinero, sino que cada cosa de estas se ha de compensar con otra de su propio género, y ademas ha de ser del mismo valor y bondad, sean ó no determinadas ó indeterminadas, *in individuo*, las cantidades que de una y otra parte se deban. Con un ejemplo se aclarará esta doctrina.

69 Pedro debe á Juan diez fanegas de trigo, y este debe á Pedro treinta del mismo género; para que pueda tener lugar en este caso la compensacion en cuanto á las diez fanegas, debe ser el trigo de uno y otro del mismo valor y bondad estrínseca, de forma que si el trigo del uno, aunque sea de la misma bondad intrínseca que el del otro, por razon del lugar á donde se debe, aumenta ó disminuye su valor, no tiene lugar la compensacion. Si las diez fanegas del uno son determinadas *in individuo* del trigo de tal tierra, por ejemplo, y las del otro son tambien determinadas en la misma forma, tendrá lugar la compensacion con tal que sean del mismo valor y bondad en los términos que quedan referidos, y lo mismo se ha de decir cuando las del uno son determinadas *in individuo* y las del otro no. Pero si el uno debe dinero y el otro trigo no tendrá lugar la compensacion, á no ser que aunque se deba el trigo en especie se haya de hacer el pago atendiendo á su estimacion en dinero, por no haber trigo, ó por otra causa, porque en tal caso como al tiempo del pago se ha de hacer la solucion en dinero, que es de la misma especie y valor, tendrá lugar la compensacion. Asi lo siente Molina en el lugar citado, y Gregorio Lopez en la glosa á la ley 21, título 14, partida 5.ª

70 En las otras cosas que no constan de número, peso y medida se ha de decir que si mútuamente se deben cosas de la misma especie, pero indeterminadas *in individuo*, como ovejas, caballos ó esclavos, tiene lugar la compensacion, ley 21, título 14, partida 5.ª, y Molina *loco citato*. La razon de esto dice Molina que es porque el uno no está obligado á dar al otro mejores ovejas, caballos y esclavos que los que el otro le debe. Pero si estas cosas fueren de diverso valor, por razon de los lugares en que se debian pagar, no tendrá lugar la compensacion por lo mismo que se ha dicho en las cosas fungibles.

71 Cuando algunas de las cosas que se deben es determinada *in individuo*, denotada por su nombre y señales, como tal siervo, viña ó huerta, no puede hacerse la compensacion (ley citada de partida) aunque las que el otro debe sean determinadas ó indeterminadas *in individuo*, y de la misma especie, Molina *loco citato*, y da la razon por qué son de diverso valor y no puede substituirse una en lugar de otra contra la voluntad del acreedor. Pero si por una parte se debe dinero, y por otra una cosa que se ha de estimar en dinero para su pago, tiene lugar la compensacion, como se ha dicho en las cosas fungibles que constan de número, peso y medida.

72 Vista la naturaleza de la compensacion, y las cosas en que puede tener lugar,

es fácil de conocer la aplicacion que puede tener esta doctrina al caso de la presente ley. Pide la compensacion que sea recíproca la deuda entre los que han de usar de ella, y la muger en el caso de la ley nada debe al marido; de que se sigue que el legado que el marido hace á la muger en las presentes circunstancias, mas bien se ha de decir que es para que se impute en la mitad de los gananciales, que para que se compense. Asi parece lo estimó Covarrubias cuando en el capítulo en que trata esta materia lo intituló, de la imputacion de los legados en la deuda. Pero ya que se quiera darle el nombre de compensacion será impropiamente y en un significado lato.

73 Tampoco tiene el legado por su naturaleza ser de especie ni de cantidad, del mismo modo que los gananciales pueden consistir en especie ó cantidad, sin que haya el mas mínimo motivo para presumirlos mas una cosa que otra.

74 De aqui se vé con la mayor claridad que el querer Tello fundar la razon de la decision de la ley en que con el legado de cantidad no se puede compensar la mitad de gananciales por ser deuda de especie, es una voluntariedad destituida de fundamento legal, y contraria á las disposiciones de derecho, porque en el caso de que el legado y los gananciales sean de cantidad, el prohibir la ley la compensacion es una manifiesta derogacion del derecho comun, confirmado por el real de la ley de partida que permite la compensacion entre cantidades, como se ha visto.

75 Síguese otro inconveniente de esta doctrina de Tello, y es, que siendo el marido deudor *ex lege* de su muger, se presume en él el ánimo de compensar, como lo reconoce en el número 16, refiriéndose á la distincion que hace Immola en el número 6.º; y habiendo en el marido este ánimo de compensar, y no pudiendo tener lugar la compensacion por la razon que pretende Tello, es forzoso decir que el legado que hace el marido en estas circunstancias no ha de ser de la muger, si esta se niega á admitirlo en compensacion de su deuda, y es la razon porque falta la condicion con que se hace, pues asi como al acreedor no se le puede obligar á que tome una cosa por otra contra su voluntad, *leg.* 2.ª, §. 1.º, ff. *de rebus cred.*, y la ley 21, tít. 14, partida 5.ª; por la misma razon no se ha de gravar al deudor á que pague dos veces contra su voluntad; y como la decision de la ley está espresa que la muger perciba el legado y ademas cobre la mitad de gananciales, no queda la menor duda de que la razon de su decision no es porque no se da compensacion de especie con cantidad, pues á ser esta, se habria de decir que aun el legado que se hiciese con espresa condicion de compensarlo con la deuda, deberia ser del legatario, aunque no tuviese lugar la compensacion, contra la espresa disposicion de la ley 85, ff. *de legatis* §. 2, *ibi creditorem, cui res pignoris jure obligata à debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam pétere, si voluntas testatoris compensare volentis, evidenter non ostenderetur*, y del cap. 14 *de test.*, lib. 3.º *Dec.*, en que consultado Inocencio III si habiendo legado el testador la porcion correspondiente al obispo, podrá este exigirla tambien de los otros legados que haya hecho á otras iglesias, responde que si el testador legó con la espresa condicion de que se contentase con la porcion que le dejaba, si aceptaba el legado se entendia que renunciaba de lo demas, y por tanto no podia exigir porcion alguna de los otros legados.

76 Colígese de esta doctrina el temperamento con que debe admitirse la opinion de Avendaño en el número 20, donde afirma que siempre que conste de la voluntad espresa del testador que quiere hacer la compensacion, se ha de tener por hecha, aunque sea de especie con cantidad, sin atender á si el deudor es voluntario ó necesario, porque esta doctrina solo es cierta conviniéndose el acreedor á admitir la compensacion. Cuando el deudor es necesario dice que se presume el ánimo de compensar, dando á entender que esto basta para que se haga la compensacion de cantidad con especie; pero se ha de decir que se necesita la aceptacion de parte del acreedor, porque no se puede pagar una cosa por otra, ley 7.ª y 20, C. *de solutionibus*, si no lo consiente el acreedor, ley 16, y contradiciéndolo no se le ha de privar del derecho que tiene á la cosa obligada, ley 2.ª, §. 1.º, ff. *de reb. creditis*. Véase á Covarrubias en el cap. 14 *de test.*, número 16, y á Gonzalez en el Comentario al cap. 14 *de test.*, donde se hallan varias ilaciones deducidas de dicho capítulo.

77 Finalmente propone Tello la última razon para persuadir su intento sacada de la misma ley, y se reduce á que si la mu-

ger tuviera el dominio de la mitad de los gananciales, ¿qué justa causa de dudar podria haber de si el dominio se compensaba con el legado de cantidad ó de especie? Y como toda decision legal deba tener por objeto una probable razon de dudar, se seguiria que los que hicieron esta ley merecian ser reprendidos hasta de los idiotas, y la misma ley deberia ser notada de inútil y supérflua, y de una locucion impropia; todo lo cual se evita con la esposicion propuesta por Tello, quien aumenta su congetura notando que la ley especialmente habla del marido, y si este solo tuviera la mitad del dominio de los gananciales, la ley deberia tener lugar en el legado hecho por la muger al marido, y la ley, no solo no habla de este caso, sino que manifiesta en la muger cuando trata de ella, una adquisicion no presente sino futura respecto de los gananciales por estas palabras: *en la parte que ha de haber*.

78 Si como es especioso este argumento fuera sólido, él solo bastaba para darle á la opinion de Tello todo el apoyo y autoridad necesaria capaz de merecerse el concepto de comun y verdadera entre los autores; pero son muy débiles los fundamentos en que estriba para que se puedan ocultar á quien se pare á examinarlos.

79 Decimos, pues, que la decision de la presente ley no se dirige á repetir lo que ya estaba mandado, sino á poner y sacar una ilacion que se seguia de lo dispuesto por la ley del ordenamiento; manda esta que la muger *ipso jure* adquiera el dominio de la mitad de los gananciales habidos constante matrimonio, y consiguiente á esto declara la presente ley que el legado que el marido haga á su muger no se entienda ni presuma que es de esta mitad de gananciales.

80 Cómo estos bienes gananciales adquiridos constante matrimonio quedan á la libre y prudente administracion del marido, para que no se creyera que el dominio de ellos le pertenecia privativamente, fue necesaria la declaracion de nuestra ley de que el legado del marido no se computaba con la mitad de los gananciales pertenecientes á la muger, pues siendo este deudor legal de su muger debia tener lugar la compensacion si no fuera la muger señora de la mitad de los gananciales.

81 Por esta misma razon de la administracion que compete al marido en los gananciales se evita como supérfluo el que la ley hable del legado de la muger al marido, pues no teniendo ella la administracion no se puede considerar como deudora del marido, y faltando este concepto no se podia presumir en ella el ánimo de compensar, y de consiguiente era inútil y ocioso se hubiera detenido la ley á declarar que el legado que se hace entre personas en quienes no media las cualidades de deudor y acreedor no debe compensarse con la deuda.

82 El que la ley cuando trata de la parte perteneciente á la muger hable de ella como manifestando una adquisicion futura y no presente, en nada se opone á la esposicion que damos á la decision de esta ley, teniendo presente la distincion que hemos notado arriba tomada del Covarrubias, de que la muger no tiene el dominio *in actu*, constante matrimonio, sino *in habitu et credito*, y por lo tanto cuando la ley dice *en la parte que ha de haber*, habla y se entiende del dominio *in actu*, que lo adquiere disuelto el matrimonio.

83 Basta lo dicho para poner á nuestra ley á cubierto de la nota de supérflua, y de usar de una locucion impropia que le da Tello, y para hacer ver que los que intervinieron en su formacion no merecen la menor censura, antes bien son acreedores á los elogios de los sabios y prudentes.

84 Parecerá increible que al tiempo que se muestra Tello tan nimio y cuidadoso en precaver y evitar la superfluidad de las leyes incurra del modo mas manifiesto en el mismo vicio que reprende á los otros; pero esto se hace ver con la mayor evidencia.

85 Pretende Tello que la decision de la ley se funda en que el legado de cantidad no se puede compensar con la deuda de especie. Pregúntesele, pues, si el que no se dé compensacion de cantidad con especie se hallaba ya dispuesto por derecho civil al tiempo de la formacion de la ley real de Toro, ó se estableció en virtud de la misma ley, ó por otra posterior. Si responde lo primero, como necesariamente debe decirlo para ir conforme á lo que afirma en el número 2.º, fundado en la ley 18, *si convenerit* ff. *de pign. act.*, y en la 4.ª, *si constat* C. *de compensationibus*, se convence con la mayor evidencia que la ley real de Toro declaró un punto que ya estaba, no solo decidido por derecho comun, sino tambien confirmado por derecho real en la

ley 21, tít. 14, partida 5.ª, y de consiguiente que dicha ley fue supérflua, de impropia locucion, y que sus formadores se hicieron dignos de ser reprendidos hasta de los idiotas, por no haber tenido un motivo justo de dudar á qué se dirigiese la declaracion de la ley.

86 Si elige el segundo estremo deberá señalar las palabras de la ley que espresan que no se da compensacion de cantidad con especie, y por mas diligencias que haga no las encontrará. Y si acaso dijese que por otra ley posterior á la de Toro se estableció el que no se diese compensacion de cantidad con especie, era forzoso confesar que no se pudo referir á ella nuestra ley de Toro en su resolucion.

87 Se convence de esto que toda la fuerza del argumento de Tello con que pretende desvanecer la opinion contraria, milita igualmente contra la suya, y si la resolucion que dejamos espuesta no le pareciere suficiente, desde luego nos conformamos con la que señale á la paridad propuesta, seguros de que si satisface á nuestro argumento tambien servirá para satisfacer el suyo.

88 Matienzo en la glosa 1.ª á la ley 7.ª, y Acevedo en la misma ley tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, se hacen cargo del argumento de Tello. El primero no satisface en su respuesta, segun el mismo Acevedo, número 12, y este propone dos soluciones. La primera se funda en que como se veía que por disposicion de la ley se debia á la muger la mitad de gananciales, y de consiguiente parecia que el marido debia compensarla con el legado, como deuda legal, fue conveniente la declaracion de nuestra ley para que no se pudiese dudar de lo que se debia hacer.

89 La segunda estriba en que como se le permite al marido disponer libremente de los gananciales por contrato entre vivos, aunque no por última voluntad, habia motivo para creer que el marido era tan dueño de los gananciales que si legaba alguna cosa á su muger se la legaba de los mismos, por presumirse por nuestras leyes que todo lo adquirido ha sido constante matrimonio, y de consiguiente se creía que el legado lo hacia mas bien de los gananciales que de sus propios bienes, por no presumirse que nadie querrá arrojar lo suyo, y por tanto no es de maravillar que con motivo de esta razon de dudar se movieran los que intervinieron en la formacion de esta ley para su establecimiento, por lo que con razon no deben ser reprendidos habiendo tenido justa causa, ó causas de dudar, y se refiere á la que ha señalado primero, la que debe entenderse, ó la primera de las dos que acabamos de referir, ó la que pone al fin del número 1.º, que en realidad es una misma y la mas conforme; y por tanto la hemos apuntado arriba.

Ley XVII de Toro; es la 1.ª, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Cuando el padre ó la madre mejorare á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra postrimera voluntad, ó por algun otro contracto entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría, ó no, fasta la hora de su muerte, la pueda revocar cuando quisiere. Salvo si fecha la dicha mejoría por contracto entre vivos oviere entregado la posesion de la cosa ó cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la ficiere ó á quien su poder oviere. O le oviere entregado ante escribano la escriptura de ello. O el dicho contracto se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento ó por otra cosa semejante, que en estos casos; mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar si no reservase el que lo fizo en el mismo contracto el poder para lo revocar ó por alguna causa que segun leyes de nuestros reinos las donaciones perfectas é con derecho fechas, se pueden revocar.

COMENTARIO

á la Ley 17 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando alguno de los padres mejorare en el tercio de sus bienes alguno de sus descendientes legítimos por última voluntad, ó por contrato entre vivos, pueda revocar dicha mejora cuando quisiere, esté ó no el hijo ó descendiente bajo de su potestad: salvo si habiendo hecho la mejora por contrato entre vivos hubiere entregado la posesion de la cosa ó escritura de ello ante escribano, ó se hubiese hecho dicho contrato por causa onerosa con un tercero, porque en los

espresados casos no se puede revocar la mejora del tercio á no haberse reservado el que la hacia en el mismo contrato el poder para revocarla, ó sobrevenir alguna de las causas por las que, segun leyes del reino, se revoca la donacion perfecta y con derecho hecha.

2 Siendo la presente ley la primera de las leyes de Toro que habla de la facultad de los padres de mejorar en el tercio de sus bienes á los descendientes, parece conducente esponer antes la facultad y regla que debian observar los padres en disponer de sus bienes por derecho civil y por el real para que se tenga presente en las siguientes leyes que sin tratar directamente esta materia la suponen establecida por nuestro derecho real.

3 Despues que los romanos redujeron y limitaron á los padres de familia la amplia facultad que les concedia la ley de las doce tablas para poder disponer libremente de sus bienes, segun aquellas palabras: *Pater familias uti quisque legasset super familias tutelæve rei suæ, ita jus esto*, se introdujo el uso de la legítima, la cual es una cierta porcion establecida por la ley que debian los padres dejar á sus hijos para que fuese válido y subsistente su testamento.

4 Cuando, ó con qué motivo se estableció la cantidad de que debia constar la legítima ha sido bastante controvertido por los espositores del derecho civil. Heineccio, *antiquitatum romanarum sintagmata*, lib. 2.º, tít. 2.º, §. 17, fija esta época posterior al año 714 de la fundacion de Roma, en el cual se publicó la ley Falcidia, á cuya imitacion pretende el mismo Heineccio, siguiendo á otros que cita en el tít. 17, §. 7.º del libro espresado, se introdujo la cuarta legítima por interpretacion de los jurisconsultos, y asi observa que á los herederos á quienes compete la querella *inofficiosi testamenti* se les debe la cuarta Falcidia, segun Ulpiano en la ley 8.ª, §. 9.º y 14, ff. *de inofficioso testamento*, repitiendo lo mismo Justiniano en la ley 31, C. *eodem tit.*

5 Habiendo introducido la porcion legítima, á imitacion de la cuarta Falcidia, era consiguiente que asi como la cuarta Falcidia comprendia la cuarta parte de los bienes del testador, del mismo modo la porcion legítima fuese la cuarta parte de la herencia, como se ordena en el §. 6.º, título 18, libro 2.º *Institutionum.*

6 Queriendo Justiniano mejorar la condicion de los hijos aumentó la cantidad de la legítima á proporcion de su número, estableciendo que si los hijos no pasaban de cuatro percibiesen la tercera parte de los bienes del padre, y escediendo de este número les señaló por legítima la mitad de sus bienes. Novela 18, C. 1.º, y la 92.

7 Nuestro derecho real, que tuvo principio en el fuero juzgo, se separó en esta parte del derecho romano, y dispuso que la legítima de los hijos fuese todos los bienes del padre, esceptuando la quinta parte, la que le era permitido dejar en favor de su alma ó de los estraños. Eran segun esto cuatro quintas partes las que correspondian á los hijos por legítima, las que refundidas en tres, dos de ellas eran legítima necesaria de los hijos por iguales partes, y la tercera era legítima, voluntaria y libre, con la que podia el padre mejorar á cualquiera de sus hijos, como claramente lo espresa la ley 1.ª, tit. 5.º, lib. 4.º del fuero juzgo, cuya ley manifiesta que anteriormente habia en práctica otra que permitia á los padres y abuelos la libre disposicion de sus bienes en cualquiera persona, que quedó abrogada por esta, y sería sin duda alguna de las leyes del Rey Enrico, que despues corrigió Leovigildo ú otro de sus sucesores.

8 El fuero real confirmó en todo la disposicion del fuero juzgo en la ley 9.ª, tít. 5.º, lib. 3.º; pero las partidas, separándose de lo dispuesto por ambos fueros, renovaron las disposiciones del derecho comun en la ley 17, tít. 1.º de la partida 6.ª; y por último la presente ley y otras de las de Toro restablecieron el derecho real antiguo de los referidos fueros.

9 Tres son las partes que comprende la presente ley, de las cuales hablaremos con separacion. En la primera concede á los padres la facultad de poder revocar la mejora que hicieron en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus descendientes, bien sea por contrato entre vivos ó por última voluntad, esté ó no el hijo ó descendiente bajo la patria potestad.

10 Se ofrece aqui la duda de si la presente disposicion es ó no correctoria del derecho comun. Disponia este derecho que la donacion que el padre hiciese á su hijo estando en la patria potestad fuese nula y de ningun valor, ley 2.ª, C. *de inofficiosis donationibus, leg.* 25, C. *de donationibus inter vir. et uxor.*, en tanto grado que ni por la muerte del padre se confirmaba, si no

habia mediado la entrega de la cosa; y la razon de esto era porque en virtud de la patria potestad adquiria el padre lo que se donaba al hijo, ley 79, ff. *de adquirenda hereditate*, y la ley 3.ª, tít. 4.º, partida 5.ª

11 La donacion que el padre hacia al hijo emancipado era irrevocable, porque cesaba el impedimento de la patria potestad; y lo mismo sucedia en la donacion de la madre á cualquiera de sus hijos, hubiese ó no intervenido la entrega de la cosa donada.

12 Gregorio Lopez en la glosa 1.ª de la ley 3.ª, tít. 4.º, partida 5.ª, y Antonio Gomez al número 9.º, afirman que la ley de Toro no corrige las disposiciones del derecho civil en esta parte. Tello Fernandez en el número 1.º y siguientes de esta ley, Acevedo, número 11 y 20, Matienzo, glosa 3.ª, número 5.º, donde equivocadamente cita á Gomez por su opinion, esceptuando á Gregorio Lopez, sostienen que es correctoria del derecho civil.

13 La razon en que funda su opinion Gregorio Lopez es que la presente ley solo dirige su disposicion á la mejora del tercio, y de consiguiente quedan las demas donaciones en los términos que prevenia el derecho comun.

14 Mas especioso es el fundamento que propone Gomez, por lo que me detendré á examinarlo. Despues de haber dicho en los números 4.º y 5.º y siguientes que la presente ley parecia correctoria del derecho comun, lo que sin duda fue causa de que Matienzo lo creyese de su misma opinion, llega al número 9.º, y manifestando confirmar con la ley 26 de Toro la correccion del derecho comun, que le parecia seguirse de la ley 17, dice asi: la ley 26 ordena que cualquier donacion simple que el padre haga al hijo se tenga por mejora del tercio, y el hijo se refute mejorado; es asi que la mejora sin tradiccion no vale, y con ella es firme y permanente, segun la ley 17, luego manifiesta y claramente se corrige toda la materia de donaciones entre padres é hijos, esten en la potestad ó emancipados, ya sea tambien respecto de la donacion de la madre. A continuacion dice que sin embargo de lo espuesto sigue la opinion contraria, y afirma que la donacion simple hecha al hijo emancipado ó en la potestad, y la que le hace la madre tiene hoy la misma fuerza, naturaleza y efecto en cuanto á su valor, sin que en nada se corrija por nuestras leyes de Toro.

15 Pasa inmediatamente á satisfacer al argumento que se habia propuesto de la ley 26, y dice que lo que esta ley únicamente quiere es que la donacion simple despues que sea válida y se halle confirmada por la solemnidad del derecho se compute en el tercio de los bienes, y el hijo se tenga por mejorado, sin que la ley pretendiese mudar ó disponer algo acerca del valor de la donacion. En confirmacion añade que si fuera cierta la opinion contraria se seguiria que el legado que cualquiera de los padres dejase á su hijo en el testamento no lo podia revocar, si habia mediado la entrega de la cosa, porque se reputaria por mejora, lo que es falso, como lo prueba al número 24.

16 Para hacer ver la poca solidez de la respuesta de Gomez, con que intenta satisfacer al argumento que ha propuesto de la ley 26, basta reflexionar que segun la inteligencia y esplicacion que hace de ella, la donacion simple despues que sea válida y perfecta se debe reputar por mejora del tercio; es asi que la donacion simple que el padre hace al hijo emancipado inmediatamente es válida y perfecta, y no se puede revocar, con que desde entonces debe reputarse por mejora del tercio; y siendo mejora del tercio no puede dudarse que el padre tiene facultad para revocarla por la presente ley, si no ha intervenido entrega de la cosa; luego dicha ley es derogativa del derecho comun, que dispone que la donacion hecha por el padre al hijo emancipado no se pueda revocar.

17 Que la donacion hecha al hijo emancipado, como la que se hace á cualquier estraño, sea perfecta é irrevocable, aunque no haya intervenido la entrega de la cosa, lo declara Justiniano en el §. 2.º, *Institutionum, de donationibus*, donde hablando de las donaciones *inter vivos* dice asi: *Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis, aut sine scriptis manifestaverit, et ad exemplum venditionis nostra constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut etiam si non tradantur habeant plenissimum, et perfectum robur, et traditionis necesitas incumbat donatori.* La constitucion á que se refiere Justiniano es la ley 35, §. 5.º, C. *de donationibus.* Siendo, pues, perfecta la donacion que el padre hace al hijo emancipado desde que le manifiesta la voluntad de donar, aunque no

medie entrega, es preciso decir y confesar, segun la doctrina de Gomez, que dicha donacion se debe reputar por mejora del tercio desde que se hizo; y siendo mejora de tercio es innegable que la ley 17 le da al padre la facultad para revocarla hasta la muerte, ó se les ha de negar á nuestros legisladores la facultad de derogar las disposiciones del derecho comun.

18 Es tan cierta y constante esta doctrina como establecida por las leyes de Toro, que la reconoce el mismo Gomez en sus *Varias resoluciones*, cap. 4.º, número 11, en donde proponiéndose la cuestion de si hecha donacion á un hijo naciese otro, se renovaria en parte ó en todo; despues de haber dicho que se revocaria en cuanto á la legítima que correspondia al que habia nacido nuevamente, y que los demas bienes quedarian al hijo donatario, continúa con estas palabras: *Et per consequens hodie in nostro regno remanebit penes filium donatarium legitima et tertium, et quintum bonorum; et sola legitima, revocabitur, et aplicabitur filio postea nato.* De cuyas palabras se convence que toda donacion que escedia de la legítima la reputaba Gomez por mejora de tercio y quinto en virtud de nuestro derecho real, que es la ley 26 de Toro.

19 Con lo dicho hasta aqui queda probado que la esposicion que da Gomez á la ley 26 no alcanza para impedir que la ley 17 no sea correctoria del derecho comun en cuanto á la donacion de la madre ó del padre al hijo emancipado; resta ver ahora si deberá decirse lo mismo de la donacion que hace el padre al hijo en la potestad.

20 Es cierto que la esposicion de Gomez á la ley 26, aplicada á la donacion que el padre hace en la potestad no dice alguna repugnancia; pero esto no es bastante para tenerla por cierta y verdadera, antes bien se descubre claramente que dicha esposicion no es legal y legítima, ni pudo servir de fundamento para la decision de la ley 26, considerando que la esplicada ley habla indistintamente de ambas donaciones, y no pudiendo tener lugar la esposicion en la donacion hecha al emancipado, como queda demostrado, presta un pleno convencimiento de que la ley no fundó en ella su resolucion, pues seria absurdo manifiesto que la razon en que se funda una resolucion y disposicion general que se dirige á objetos diferentes no pudiese aplicarse y convenir á cada uno de ellos.

21 Veamos ahora qué causa puede haber para pretender que la disposicion de la ley 26, que quiere que la donacion que el padre hace á sus hijos y descendientes se repute por mejora de tercio y quinto, aunque no lo esprese, se haya de entender en el caso que haya muerto el padre, ó se trate de dividir su herencia, y que sin duda es lo que quiere decir Gomez en su esposicion en el lugar citado, y no antes, viviendo el padre. Si se dice que la razon es porque hasta la muerte del padre no adquiere el hijo la mejora del tercio y quinto con dominio irrevocable, por la misma razon debia decirse que la mejora espresa que haga el padre á su hijo en virtud de la ley 17, especialmente si no ha mediado tradicion de la cosa, entrega de la escritura, ó héchose por contrato oneroso con un tercero, no se deberá entender por mejora hasta que por la muerte del padre adquiera el hijo irrevocablemente el dominio del tercio; esto es contrario á la espresa decision de la ley 17, luego no puede decirse.

22 Ahora bien, si la mejora espresa del tercio se entiende por mejora desde el punto que se hace, y como tal produce los efectos que dispone la ley 17, ¿qué razon habrá para negar que la mejora tácita del mismo tercio, que es la que se contiene en la ley 26, se deba entender por tal mejora hasta la muerte del padre? Seguramente que con dificultad se dará una razon sólida y clara que persuada esta diferencia.

23 Ademas, la ley 17 iguala la mejora espresa que se hace al hijo emancipado, y en la potestad, haciendo una y otra revocable ó irrevocable, segun las condiciones que exige la ley, ¿pues por qué no se deberá decir que la ley 26 iguala del mismo modo la mejora tácita que se hace al hijo emancipado y en la potestad? Es asi que la mejora tácita ó donacion hecha al hijo emancipado se reputa y entiende por mejora de tercio desde que se hace, segun queda demostrado, impugnando la esposicion de Gomez, de forma que si ha mediado la entrega será irrevocable, y revocable si no se ha hecho la entrega conforme á lo dispuesto por la ley 17; luego lo mismo deberá decirse de la donacion ó mejora tácita hecha al hijo de familias.

24 Al argumento que hace Gomez con la paridad del legado para confirmar su opinion se ha de responder que el legado que haga el padre á cualquiera de sus

hijos siempre será revocable, medie ó no la entrega, sin que por esto se contravenga á lo dispuesto en las leyes 17 y 26, las que no estendieron su disposicion en cuanto á que fuese irrevocable la mejora, bien sea espresa ó tácita, que se hiciere por testamento ó cualquiera última voluntad, sino que espresamente limitaron su disposicion á las mejoras que se hacen por contrato entre vivos, como el mismo Gomez lo reconoce en el número 24.

25 La segunda parte de la ley es una limitacion de lo que habia establecido en la primera; en ella esceptúa de la regla la mejora que habiéndose hecho por contrato entre vivos hubiere mediado la entrega de la cosa, ó se haya entregado la escritura de ella ante escribano, ó se hubiese hecho la mejora por contrato oneroso con algun tercero, no queriendo la ley que en todos estos casos sea revocable la mejora del tercio.

26 Se dirá que se ha entregado la posesion de la cosa siempre que hubiese mediado la entrega por acto verdadero ó ficto, como lo persuade Gomez al número 15, citando otros autores.

27 La entrega de la escritura de la cosa que se da es otro medio por el que quiere la ley se haga irrevocable la mejora del tercio. Dispone el derecho comun que por la entrega de los instrumentos de pertenencia que tenia el que daba la cosa se entendiese entregada la posesion, ley 1.ª, C. *de donationibus*. Por la ley 2.ª, y mas claramente por la 10, tít, 12, lib. 3.º del fuero real, se ordenaba que la donacion se hiciese irrevocable, no por la escritura de pertenencia, sino por la que hacia el donante al donatario mediando la entrega. La ley 8.ª, tít. 30, partida 3.ª, requeria para adquirir la posesion de la cosa que se daba, una de las dos escrituras, bien fuese la de pertenencia del donante, ó la que hacia de nuevo este al donatario. Estas son sus palabras. "Dando algun home heredamiento ó otra cosa cualquier apoderándole de las cartas por la que el ubo, ó faciendo otra de nuevo, é dando gela, gana la posesion, magüer no le apodere de la cosa dada corporalmente." He referido sus palabras para que se vea la claridad con que resuelve este punto; pero sin embargo Covarrubias, lib. 3.º *Varias res.* cap. 16, número 12, y Gomez en la ley 45, número 57, se inclinan á que por esta ley no se corrigió la disposicion de la ley 1.ª C. *de donationibus*, fundados en que las leyes de partida no son correctorias del derecho comun; pero Matienzo en la glosa 6.ª de la ley 1.ª, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion, persuade con varias leyes de partida que si la ley citada no hubiera querido corregir ó estender la disposicion del derecho comun usaria de otras palabras. Pero sea de esto lo que fuere, lo que no tiene duda es que en el dia por la ley 17 y 44 de Toro espresamente se ordena que entregándose la escritura de la mejora al mejorado, ante escribano, adquiere la posesion de la cosa.

28 Nótese aqui que por esta entrega de la escritura ante escribano igualmente adquirirá la posesion el donatario *inter vivos*, y se hará irrevocable la donacion segun la doctrina establecida arriba.

29 El tercer modo por el que se hace irrevocable la mejora del tercio es cuando es hecha por contrato oneroso con algun tercero, de forma que no basta que el contrato sea oneroso, si no es con algun tercero, ni que sea con un tercero si el contrato no es oneroso, como espresamente lo dice la ley y lo esplica Tello Fernandez, número 69, donde dice que si el padre hace donacion á un hijo por contrato con un tercero la podrá revocar siempre que quiera, porque aunque está el contraro celebrado con un tercero no se puede decir que es por causa onerosa, si en él no tiene interés un tercero, y por el contrario si el padre hace donacion al hijo por causa onerosa en que no tiene interés un tercero, será igualmente revocable, por lo que concluye que cautamente pide la ley copulativamente uno y otro requisito. Gaspar Baeza en el capítulo 21, número 36 y 37 *de non meliorandis ratione dotis filiabus*, afirma lo mismo. Declarando la ley lo que acaba de disponer, dice: *asi como por via de casamiento*, manifestando con esto que la donacion ó contrato que se hace por via de casamiento es oneroso.

30. Disputan nuestros autores, como se puede ver en Matienzo, glosa 8.ª, número 1.º, si la donacion que se hace *pro dote* es lo mismo que la que se hace por via de casamiento, y aunque las tienen por diferentes, no solo por derecho civil, sino por el real de la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, creo ocioso entrar en esta discusion de que ninguna luz recibe la presente ley, pues sean una misma cosa ó diferentes, siempre es necesario que se hagan

por contrato oneroso con un tercero para que sean irrevocables en virtud de esta ley. Digo en virtud de esta ley, porque la donacion por dote hecha por el padre á la hija es irrevocable aunque esté esta en la patria potestad, segun el derecho civil en la ley 35, ff. *familiæ &c.*, y por nuestro derecho real está prohibido que el padre pueda mejorar á la hija por via de dote ni casamiento, ley 1.ª, tit. 2.º, libro 5.º de la Recopilacion.

31 De lo dicho se infiere que la donacion hecha al hijo por via de casamiento con cierta y determinada persona será irrevocable. Es indiferente que la mejora se haga directamente al hijo ó á la nuera, con tal que no haya precedido el matrimonio, Gomez al fin del número 17. Pero si el matrimonio no llega á tener efecto podrá revocarse, segun Matienzo en la glosa 8.ª, número 9.º; mas cuando se hace generalmente para que el hijo se case sin señalarle la persona con quien es, es revocable dicha donacion, porque no se verifica tenga interés algun tercero, Matienzo ead. glosa, número 5.º

32 Continúa la ley que por otra cosa semejante se hace irrevocable la donacion. De aqui toman ocasion los autores para inquirir si la donacion remuneratoria será ó no irrevocable en virtud de la presente ley. Matienzo trata este punto en la glosa 9.ª, donde refiere los fundamentos de una y otra sentencia, y concluye que como la donacion remuneratoria no toque á algun tercero será revocable aunque sea onerosa, porque la ley exige copulativamente estas dos cualidades, como se ha dicho.

33 Otra cosa seria si la donacion se hiciese á un hijo para que se ordenase á título de patrimonio, porque en tal caso se verificaria el contrato oneroso y el interés de un tercero que lo seria el obispo, al cual estándole prohibido por los sagrados cánones ordenar alguno sin título, se le obliga á mantener á costa suya al que de otra manera ordenase, segun el cánon del Concilio Lateranense 3.º, que está en el capítulo 4.º *de presbiteris et dignitatibus*.

34 Corresponde tratar en esta segunda parte de la ley la cuestion que proponen los autores, reducida á que si hecha la mejora del tercio por el padre, y entregada la posesion adquiriese mas bienes el padre, si será irrevocable la mejora respecto de los bienes que adquirió despues, ó lo que es lo mismo, si será irrevocable respecto de los bienes futuros.

35 Para proceder con claridad se ha de suponer que la duda de esta cuestion no puede tener lugar cuando la mejora se hizo por contrato oneroso, pues en tal caso no se hace irrevocable la mejora por la entrega de la posesion, sino por el interés que adquiere el tercero, y como la ley 23 quiere que en la mejora del tercio se tenga consideracion al valor de los bienes al tiempo de la muerte, y no á lo que valian al tiempo que se hizo la mejora, no se puede dudar que se estiende á los bienes futuros, y que es irrevocable en cuanto á ellos cuando se hizo por contrato oneroso.

36 Lo mismo se debe decir cuando se entregó la escritura de la mejora, pues comprendiendo la mejora los bienes presentes y futuros por la ley 23, y entendiéndose trasladada por la entrega de la escritura la posesion de toda la mejora, se sigue necesariamente que ha de ser esta irrevocable, no solo en cuanto á los bienes adquiridos y presentes, sino en cuanto á los que se adquieren hasta la hora de la muerte.

37 Esto supuesto, digo que en el caso que *verè vel ficte* se haga entrega de la posesion puede tener lugar la duda propuesta, y se ha de distinguir en estos términos; ó la entrega de la posesion se hizo general y absolutamente, como si el padre generalmente digese que se constituía poseedor en nombre del hijo, ó espresó que se constituía poseedor por los bienes presentes y futuros, en uno y otro caso la virtud y efecto de la cláusula del constituto se estiende á los bienes presentes y futuros, asi como la mejora, y no se puede revocar. Entre otros fundamientros de esta opinion está la ley 9.ª C. *quæ res pignori obligari possunt*, en la que dispone Justiniano que la hipoteca ú obligacion constituida absoluta y generalmente en algun contrato se estiende á los bienes futuros. De esta opinion es Gomez al número 12, y Matienzo en la glosa 4.ª, número 12 y 16, donde cita otros. Mas si el padre *verè vel ficte* entregó la posesion de la cosa limitándola espresamente á los bienes presentes, y despues adquirió mas bienes, en los que se debe considerar mejorado el hijo por la ley 23, hay mas motivo de dudar si será ó no revocable la mejora.

38 Antonio Gomez espresamente dice al número 13, que aun en tal caso será

irrevocable la mejora en cuanto á los bienes presentes y futuros. Tello Fernandez despues de haber propuesto varias razones de dudar desde el número 15, concluye en el 23 diciendo que la solucion mas propia y verdadera es que en aquellos bienes solamente que tenia el padre al tiempo que se hizo la mejora, y entregó la posesion, se haga irrevocable; lo que entiende no solo en el presente caso, sino tambien cuando la entrega se hiciese general y absolutamente, ó con espresion de que comprendiese los bienes futuros. Molina *de primogenitis*, lib. 4.º, cap. 2.º, número 24, sigue en todos estos casos la opinion de Gomez, con tal que la entrega se hiciese con ánimo de que la mejora fuese irrevocable cuanto á los bienes presentes y futuros.

39 Esta condicion que exige Molina para que la mejora se haga irrevocable por la tradicion ó entrega me parece poco conforme á la letra de la ley. Esta quiere que mediante la entrega de la cosa ó cosas contenidas en la mejora se haga esta irrevocable, de forma que por la entrega infiere y presume la ley el ánimo de no revocarla; pues si la declaracion del ánimo de no revocar la mejora la hubiera creido la ley necesaria para que fuese irrevocable, lo habria espresado como espresó la entrega de la cosa.

40 Persuade esto mismo la escepcion que pone la ley en su tercera y última parte, en la que refiriéndose á los casos en que deja dicho se hace irrevocable la mejora: dice, "sino reservase el que la hizo en el mismo contrato el poder para la revocar." Cuya escepcion seria ociosa é inútil, si para que por la entrega de la cosa se hiciera la mejora irrevocable fuera necesario manifestar el ánimo de no revocarla, pues se seguiria que contra la espresa manifestacion del ánimo de no revocar la mejora admitia la ley otra espresa manifestacion de poderla revocar, lo que seria una vergonzosa contradiccion, pues seria decir, esta mejora la hago con ánimo de no revocarla jamás, pero me reservo la facultad de poderla revocar cuando se me antoje; es pues concluyente que cuando la ley exige una reserva espresa para poder revocar la mejora al tiempo que se entrega la posesion de la cosa ó cosas contenidas en ella, es porque se presume en virtud de la entrega de la cosa el ánimo de no revocarla, y de consiguiente no pide la ley que este ánimo se manifieste espresamente.

41 La entrega de la cosa ó cosas contenidas en la mejora no la requiere la ley para que el mejorado adquiera la posesion de todas las cosas contenidas en el tercio, ni podia ser habiéndose de regular el valor de este por el que tenian los bienes del padre á la hora de la muerte, y no á lo que valian al tiempo que hizo la mejora, segun lo declara la ley 23, por lo que se debe decir, como lo observa el mismo Molina al número 25, que la ley 17 y 44 que disponen lo mismo en esta parte, no tratan principalmente de trasladar ó transferir la posesion, sino de la irrevocabilidad de la mejora ó del mayorazgo, y para establecer esta irrevocabilidad no era necesario ni posible que se entregase la posesion de todas las cosas contenidas en el tercio, sino que bastaba se entregase alguna de ellas para presumir el ánimo en el donante de hacer irrevocable la mejora.

42 Si como quiere Molina fuera necesario el ánimo espreso de hacer irrevocable la mejora, juntamente con la entrega de la cosa, deberia decirse lo mismo cuando el contrato se hace por causa onerosa con un tercero, y cuando se entrega ante escribano la escritura de la mejora; es asi que en ambos casos no pide Molina mas requisitos que los que materialmente espresa la ley, como se puede ver en los números 10 y 16, con que por igual razon debe bastar la entrega sin manifestacion espresa del ánimo de no revocar.

43 Siendo el ánimo ó voluntad por su naturaleza oculto y escondido al conocimiento del hombre, y que únicamente puede manifestarse por los signos y actos esternos, no señalando la ley otro acto esterno que la entrega de la cosa, es claro tuvo esta por bastante para presumir el ánimo de no revocar la mejora, y á no ser la entrega de la cosa el único signo que puso la ley para manifestar el ánimo nos hubiera dejado un seminario de pleitos y litigios, siéndole permitido al donante aun despues de entregada la posesion el defender y negar tuviese ánimo de no revocar la mejora, sin que pudiese el mejorado ó donatario probarle lo contrario, no admitiéndose por prueba suficiente la entrega de la posesion que dispone la ley.

44 No siendo admisible la opinion de Molina por los fundamentos que se han espuesto, digo que si cuando limitó el padre

la entrega de la posesion á los bienes presentes entregó la tercera parte de ellos, ó se constituyó posecdor por la tercera parte, se hace irrevocable la mejora, no solo en cuanto á los bienes presentes, sino tambien en los futuros, y la razon es porque en tal caso el padre hizo por su parte cuanto ordena la ley para que la mejora sea irrevocable en cuanto á los bienes presentes y futuros, pues por limitar la entrega de la tercera parte á los bienes presentes no se puede decir que espresamente se reserva la potestad de poderla revocar en cuanto á los futuros, que es la escepcion que pone la ley habiendo mediado la entrega, pues como esta lleva por sí la presuncion de hacer irrevocable la mejora, siempre que al tiempo de la entrega espresamente no se contradiga esta presuncion, se tendrá por irrevocable en los bienes presentes y futuros, y lo mismo debe decirse cuando la parte que se entregó no fue íntegramente la tercera de los bienes presentes, sino menor, en señal y demostracion de la tercera, como lo afirma Molina al número 32. Lo particular es que este autor despues de haberse fatigado en persuadir que no basta la entrega sin la manifestacion del ánimo de no revocar, en el número 30, donde espone los modos con que se ha de manifestar el ánimo de no revocar, dice que siempre que el padre entregue todo lo que de presente podia entregar se presume el ánimo que tuvo de no revocar la mejora en cuanto á los bienes futuros, porque hizo cuanto estaba de su parte y le fue posible, y siendo suficiente la entrega de la tercera para manifestar el ánimo de no revocar, no se alcanza por qué razon no ha de bastar la entrega de una parte de la tercera para presumir ó manifestar el mismo ánimo, mayormente no dirigiéndose principalmente la entrega á transferir la posesion, sino á hacer irrevocable la mejora, como observa el mismo Molina.

45 No me detengo en proponer los argumentos con que Tello Fernandez apoya su opinion por hallarse sólidamente refutados por Molina desde el número 27, en donde podrán verse.

46 La tercera parte de la ley propone las escepciones de la regla que habia establecido en la segunda. Estas escepciones se reducen á que no sea irrevocable la mejora si al tiempo de celebrarse el contrato se reservó el padre la facultad de poderla revocar, ó si sobreviniesen algunas de las ingratitudes por que pueden revocarse las donaciones perfectas, y se refieren en la ley 1.ª, tít. 12, lib. 3.º del fuero real, y en la 10, tít. 4.º, partida 5.ª, y en la fin al C. *de revocandis donationibus.*

47 Hay una notable diferencia entre la reserva que hace el padre de poder revocar la mejora y las causas de ingratitud, y es que por la reserva se puede revocar la mejora aunque se haya hecho por contrato con algun tercero por causa onerosa, como lo manifiesta la letra de la ley; pero ninguna de las causas de ingratitud será bastante para revocar la mejora ó donacion siguiéndose perjuicio de tercero, como se colige de la ley 24, C. *de jure dotationum*, en donde se dispone que la dote dada por el patrono al marido de la liberta no se revoca por la ingratitud de esta, y de consiguiente debe decirse lo mismo de toda donacion *ob causam*, ó remuneratoria, por reputarse mas bien recompensa ó deuda que donacion, y en este sentido se tiene por irrevocable segun las leyes 27 y 34, ff. *de donationibus*, de cuya opinion es Molina, *de justitia et jure*, *tract.* 2., *disp.* 281, número 12 y 13.

48 Palacios Ruvios al número 74 advierte que las últimas palabras de la ley no se refieren á todos los casos que se han espresado antes, porque si la donacion es remuneratoria no se podrá revocar por ingratitud, segun la ley 34 citada, y si la donacion se ha hecho á un hijo ó hija por causa onerosa ó por contrato con un tercero será irrevocable aun por ingratitud por la ley 7.ª, C. *de revocandis donationibus.* Matienzo en la glosa 11, número 2.º sigue la misma opinion citando á Palacios Ruvios y la misma ley 7.ª C. *de revocandis donationibus*; pero dicha ley nada determina en la presente materia.

49 Las causas para revocar las donaciones perfectas las indica el señor Molina, lib. 4.º, cap. 2.º, número 80 y siguientes, *de primogenitis*, y vienen reducidas á la supervenencia ó nacimiento de hijos, y á la disminucion de bienes. Como la presente ley no hace mencion del quinto, con razon dudan los autores si la mejora que se haga del quinto en la forma establecida por la ley será igualmente irrevocable que la del tercio. Antonio Gomez al número 10 dice que si el padre ó la madre mejorare á uno de sus hijos en el tercio

y quinto, y le entregase la posesion de la cosa no se haria irrevocable el quinto, porque dicha mejora comprende los bienes presentes y futuros con que si no se pudiera revocar en el quinto, el padre y la madre se harian intestables, porque en realidad vendria á ser una donacion de todos los bienes presentes y futuros, y por tanto la ley solo habla del tercio y no del quinto.

50 Tello en el número 10, 11 y 12 de esta ley dice, despues de impugnar la opinion de Gomez, que si la mejora del quinto se hace por causa onerosa no se puede revocar porque no hay mas razon para que sea irrevocable la del tercio en este caso que la del quinto, á que se aumenta que la promesa de mejorar por causa onerosa se hace irrevocable tambien en el quinto por la ley 22, la cual promesa afirma que en el efecto es lo mismo que la donacion. Si la mejora se hace por causa lucrativa por el padre á un hijo que está en la potestad, podrá revocarse en cuanto al quinto; pero si la hace al hijo emancipado, ó es la madre la que mejora, será irrevocable, porque por derecho comun no se podia revocar, y por derecho real nada se dispone en este caso, pues aunque la presente ley iguala al emancipado con el de la potestad en cuanto á la revocacion, se ha de decir que esto es en el tercio, pero no en el quinto.

51 Matienzo en la glosa 4.ª, número 20 y siguientes elige el medio de que si la mejora del quinto se ha hecho por causa lucrativa, bien sea por el padre ó la madre al hijo emancipado ó en la potestad, se puede revocar; pero si la mejora del quinto se hizo por causa onerosa con un tercero, como lo espresa en la glosa 7.ª, número 1.º, afirma que no se puede revocar.

52 Ayora, *de partition.*, *parte* 2.ª, *q.* 14 viene á decir lo mismo que Matienzo, con la diferencia que Ayora tiene por irrevocable la mejora del quinto con tal que se haya hecho por causa onerosa, aunque no sea con un tercero.

53 Velazquez de Avendaño en la glosa 3.ª tomó el rumbo de hacer irrevocable la mejora del tercio y quinto, no en el todo sino en la parte sobrante despues de satisfechos los gastos del entierro y lo demas que haga en exoneracion de su conciencia, de lo cual podrá testar, con lo que salva el inconveniente que nota Gomez.

54 Gutierrez, lib. 2.º, *pract. quæst.* 50 despues de referir las diversas opiniones de los autores, dice en el número 6.º que la mejora de tercio y quinto hecha por causa onerosa con un tercero se hace irrevocable, sin que esto impida se saquen del quinto las impensas necesarias para enterrar el cadáver, que se llaman de cuerpo presente; pero si el contrato no se ha hecho por causa onerosa, aunque haya intervenido la entrega de la cosa ó del instrumento, queda revocable la mejora del quinto, bien la haya hecho la madre ó el padre á un hijo emancipado ó hijos de este.

55 Acevedo en la ley 1.ª, tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 18, dice que bien se haga la mejora del quinto por causa onerosa ó por lucrativa, entregándose la cosa ó el instrumento, ó por otra causa irrevocable, aun permanece irrevocable en cuanto á los gastos del entierro, misas y descargo de su conciencia, y en este sentido afirma que tiene por cierta la opinion de Gomez. Esta opinion conviene en todo con la de Avendaño, sin otra diferencia que la verbal de llamar Avendaño irrevocable la mejora del quinto, excepto en la parte que el donante dispusiese ó emplease en el funeral, misas y descargo de su conciencia; y Acevedo tiene por revocable dicha mejora del quinto en cuanto al entierro, misas y descargo de la conciencia del donante, y por irrevocable en la parte sobrante, y asi toda la diferencia consiste en que lo que el uno pone por regla pone el otro por excepcion, y vice versa la excepcion del uno es regla en el otro.

56 Pelaez á Mieres *in tratactu major. et meliorum*, parte 1.ª, cuestion 28, número 7.º dice que atendido el rigor de derecho es de parecer, que si el padre hace donacion de tercio y quinto á algun hijo, y le entrega la posesion de la cosa ó la escritura, ó haga la donacion por contrato oneroso con un tercero, asi como no puede revocar el tercio en virtud de la ley 17, tampoco puede revocar el quinto. De esta opinion es el Castillo, lib. 4.º, *quot. controv.*, cap. 16, número 2.º y siguientes, en donde refiere y aprueba el dictamen de Pelaez, pues aunque los fundamentos que propone en dichos numeros son opuestos á la resolucion que tomó el tribunal en el caso de la disputa, ya se hace cargo en el número 18 y 34 que la opinion y fundamentos de Pelaez procedian cuando la mejora de tercio y quinto se hacia *sim-*

pliciter, y no bajo de la espresion del remanente del quinto, que era el caso de la disputa.

57 Funda Pelaez su opinion en la disposicion de la ley 44, que dice: "El que hiciere algun mayorazgo, aunque sea con autoridad nuestra &c.", y despues de referir literalmente la ley hasta aquellas palabras: salvo, si el que lo hiciere por contrato entre vivos, hubiere entregado la posesion, dice: mira como esta ley en aquellas palabras é implicativa, *aunque*, que implica el caso menos dudoso, tiene por indubitable que no es permitido revocar el mayorazgo, aunque se haya hecho sin facultad real, en los casos que se espresan en dicha ley, y son los mismos que refiere la ley 17. Continúa diciendo, que la ley 44 en estas palabras: "El que hiciere algun mayorazgo, aunque sea con autoridad nuestra," atendiendo á las palabras con que sigue, habla generalmente en cualquiera mayorazgo, sea con autoridad real ó privada, sin distinguir el tercio del quinto, llamando tambien mayorazgo el que se hace sin real asenso, que es del tercio y quinto, de que puede el padre disponer libremente. Se hace cargo de que podria decirse que lo dicho se ha de entender cuando se vincula la mejora, porque en tal caso en substancia es mayorazgo en cuya fundacion interesa el público, por lo que no es de estrañar no sea permitida la revocacion, y responde que lo mismo que la ley 44 estableció en el mayorazgo, dispuso la ley 17 en la mejora, sin que la ley 44 privilegiase mas al mayorazgo que á la simple mejora en cuanto á la revocacion.

58 Funda tambien su opinion Pelaez con las disposiciones de las leyes 22, 17 y 44 de Toro juntas. La ley 22 (dice) claramente dispone que cuando la mejora de tercio y quinto (debia decir la promesa de mejorar) se hace por el padre por causa de matrimonio, ó por otra onerosa, no se pueda revocar, y refiere las palabras de la ley que así lo ordena, y despues dice, que atendida la disposicion de esta ley y de la 17 y 44, cuyas dos últimas disposiciones igualan y comparan los tres casos de la entrega de la cosa ó escritura, ó cuando se hace la mejora por causa onerosa, se sigue claramente que la disposicion de la ley 22, que ordena que la mejora de tercio y quinto no se pueda revocar cuando se ha hecho por contratrato oneroso, debe tener lugar tambien en el caso que el padre, ó la madre, haya entregado la escritura ó la posesion de la cosa, porque aunque la ley 22, que está en un mismo volumen, sea posterior en el órden, la ley mas nueva, que dispone en uno de los casos igualados, se estiende por la ley antigua á los demas.

59 Esta opinion de Pelaez me parece la mas conforme á lo dispuesto por las leyes reales, de todas las referidas, por lo que no puedo menos de subscribir á ella.

60 Dos son las dudas sobre que versa la presente disputa. Primera: si la mejora del quinto hecha por contrato oneroso con un tercero se hace irrevocable. La segunda, si supuesto que la mejora del quinto sea irrevocable en el caso propuesto en la primera duda, deberá serlo tambien en los otros dos casos de entrega de la cosa, ó de la escritura.

61 La resolucion de la primera dimana de la disposicion de la ley 22 citada, que hace irrevocable la promesa de mejorar en el quinto por contrato oneroso, pues siendo mas eficaz la mejora actual que la de futuro, es consiguiente que si esta se hace irrevocable mediando contrato oneroso, lo sea tambien aquella en las mismas circunstancias.

62 Aun se nota otra razon no menos poderosa que persuade esto mismo, y es que la ley 22 solo exige que el contrato sea oneroso, y la ley 17, ademas de ser el contrato oneroso, pide que sea con un tercero; de que se ve que el no perjudicar al que se hizo la promesa de mejorar es justa causa para que no se pueda revocar la mejora de futuro, con mayor razon deberá ser irrevocable la mejora actual, por cuya revocacion no solo se perjudicaria al mejorado, sino al tercero con quien se celebró el contrato.

63 La ley 44 ofrece un testimonio convincente de esta verdad. Ordena la espresada ley que la fundacion del mayorazgo que se hace por contrato oneroso con un tercero sea irrevocable en los mismos términos que lo es la mejora del tercio por la ley 17. Como la ley no hace espresa mencion del tercio ni del quinto, estienden á uno y otro su disposicion los autores sin limitacion ni diferencia alguna, como espresamente lo afirma Molina, lib. 1.º, cap. 12, número 20, *de primogènitis*, sin embargo de que sigue la opinion de Tello, teniendo por irrevocable no menos la fundacion del

mayorazgo del quinto que del tercio, conque por igual razon debe ser irrevocable la mejora del quinto hecha con arreglo á la disposicion de la ley 17.

64 Si se pretende persuadir que la diferencia de estas dos leyes consiste en que la 44 habla generalmente sin hacer espresa mencion del mayorazgo fundado del quinto ni del tercio, y la 17 se contrae determinadamente á disponer del tercio sin hacer mencion del quinto, cuyo silencio manifiesta no quiso comprender en su disposicion la mejora del quinto, digo que el argumento fundado en el silencio no debe ser de tanto peso que destruya la identidad de razon que versa entre una y otra ley, cuya identidad presta un fundamento positivo para creer que en ellas rige una misma disposicion, segun la regla que enseña que *ubi militat eadem ratio, militat eadem juris dispositio,* y que el hacer mencion la ley 17 de la mejora del tercio fue por modo de ejemplo, y no para limitar su disposicion á solo el tercio.

65 La ley 23 ofrece un claro testimonio de la presuncion referida. Manda dicha ley que la regulacion del valor de la mejora del tercio se haya de hacer con arreglo á lo que valgan los bienes del testador al tiempo de su muerte, y no al que tenian al tiempo en que se hizo la mejora, sin hacer la mas mínima mencion de la mejora del quinto; y sin embargo como milita la misma razon en la mejora del quinto que en la del tercio, reconocen los autores que la regulacion de una y otra debe hacerse al mismo tiempo, no obstante del silencio de la ley en cuanto al quinto.

66 La resolucion de la segunda duda es mucho mas fácil y conforme, supuesta la resolucion dada á la primera. Todos los autores cuyas opiniones se han espresado arriba convienen en que la disposicion de la ley 22, en la parte que hace irrevocable el quinto de mejora por contrato oneroso, se ha de estender á la ley 17, entendiéndose esta declarada por aquella. Igual declaracion y aun mayor se infiere de lo dispuesto por la ley 44 en cuanto á la fundacion del mayorazgo del quinto hecha por contrato oneroso. He dicho que la declaracion es mayor porque la ley 22 habla de la promesa de mejorar, y la 44 de la mejora misma hecha por via de mayorazgo, que dice mas semejanza con la de la ley 17. Admitiendo, pues, la estension de lo dispuesto por estas leyes á la 17 en virtud de la identidad ó semejanza de razon, ¿por qué igualando entre sí la ley 44 el caso del contrato oneroso con el de la entrega de la cosa, y de la escritura, que son los mismos que literalmente se hallan en la ley 17, se ha de admitir la estension en el caso del contrato oneroso, y no en los dos restantes? Con dificultad podrá señalarse un fundamento sólido en que apoyar la disparidad, porque decir que en un caso la mejora se hace por causa onerosa, y en el otro por lucrativa, ademas de que esto en cierto modo es responder por la misma duda ó conclusion, se conocerá la insuficiencia de esta respuesta si se replica ¿por qué la ley no atendió á esta diferencia en la mejora del tercio, la que hizo irrevocable, no solo cuando mediaba contrato oneroso sino cuando intervenía la entrega de la cosa ó escritura por causa lucrativa? Esto persuade que si la ley quiso establecer alguna diferencia entre la mejora del tercio y la del quinto en esta parte, seguramente no es la que se señala.

67 Menos puede reputarse por tal la razon en que se funda Gomez para decir que si la mejora del quinto era irrevocable interviniendo la entrega de la cosa ó de la escritura, se harian intestables el padre ó la madre, porque en realidad vendria á ser una donacion de todos los bienes presentes y futuros, la que está espresamente prohibida por la ley 69 de Toro.

68 Digo, pues, que de que la mejora del quinto sea irrevocable, ni se sigue que el padre se haga intestable, y mucho menos el que se repute por donacion de todos los bienes dicha mejora. Es innegable que por la promesa de mejorar en el quinto en virtud de la ley 22, y por la fundacion de mayorazgo en el mismo quinto hecha por la ley 44, se hace irrevocable asi la promesa de mejorar como la fundacion del mayorazgo, sin que por esto se repute por intestable el padre ó fundador del mayorazgo, el que podrá disponer de una parte del mismo quinto para entierro y misas, conforme á la opinion que se ha referido arriba de Avendaño y Acevedo.

69 Es tan cierto y constante que la irrevocabilidad de la mejora del quinto no hace al padre intestable, que lo reconoce el mismo Gomez en el número 21 de la ley 22, §. *item, etiam,* en donde confiesa

es justa y arreglada la disposicion de la ley 22 en la segunda parte, que es donde hace irrevocable la promesa de mejorar en el quinto y en el tercio por causa onerosa, y sin embargo no infiere que se haria intestable el que hizo la promesa, con que tampoco debe inferir que de ser irrevocable la mejora del quinto en que intervino la entrega de la cosa, se haria intestable el padre ó la madre que la hizo. Para evitar sin duda incurrir en esta inconsecuencia omitió en el número 10 citado, de la ley 17, proponer la duda en la mejora del quinto hecha por contrato oneroso, contentándose con hacer mencion de la mejora del quinto en que habia intervenido la entrega de la cosa; pero teniendo por irrevocable la mejora del quinto hecha por contrato oneroso, no debió privar de esta cualidad la que se hacia mediando la entrega de la cosa por salvar el inconveniente de que el padre ó la madre fuesen intestables, pues si no se sigue este inconveniente de la primera de estas mejoras, no hay razon para inferirlo de la segunda, y si en esta es inevitable, tambien lo debe ser en la primera.

70 Queda claramente probado, aun con la doctrina de Gomez, que por la irrevocabilidad de la mejora del quinto no se sigue que los padres sean intestables, con lo que se convence que aun cuando sean irrevocables las mejoras de tercio y quinto no se deben reputar por donacion de todos los bienes presentes y futuros; pero ademas se manifiesta la falsedad de esta ilacion si se reflexiona que las legítimas no pueden ser comprendidas en las mejoras, y de consiguiente pueden muy bien los padres haber entregado las mejoras, y conservar en su dominio las legítimas, lo que basta para que la donacion no pueda entenderse hecha de todos los bienes presentes, que es lo que se prohibe por la ley 69 de Toro, en la que se hará ver que aun cuando el donante ceda todos sus bienes presentes, no se contraviene á su disposicion si se reserva el usufructo; luego con mayor razon no se ha de contravenir reservándose las legítimas por mas que las mejoras sean irrevocables, las que siempre deberán reducirse y regularse con arreglo al valor que tengan los bienes del testador al tiempo de su muerte, conforme á lo dispuesto por la ley 19 y 23 de Toro.

71 Aun es menos atendible la diferencia ó disparidad que pretenden establecer entre la ley 17 y 44, fundados en que esta habla de mayorazgos, y como mas privilegiados pudo querer fuese irrevocable el que se fundaba del quinto, sin que se estendiese este privilegio á la mejora del quinto cuando no participaba de la naturaleza de vínculo; porque si la razon de mayorazgo hacia irrevocable la fundacion que se constituia en el quinto en la segunda parte de la ley 44, debia por esta misma razon ser tambien irrevocable la fundacion del mayorazgo del quinto ó del tercio que se hacia en virtud de la primera parte de la ley 44, que es cuando no mediaba contrato oneroso, ni entrega de la cosa ó de la escritura; mas claro, si por ser los mayorazgos privilegiados se hacia irrevocable la fundacion del mayorazgo en el quinto en la segunda parte de la ley 44, ¿por qué razon no lo era la fundacion que se hacia del mismo quinto en la primera parte de la ley? Es así que esta fundacion de que habla la primera parte de la ley permanece revocable al arbitrio del fundador, con que se infiere claramente que no es el favor y privilegio de los mayorazgos el que constituye la diferencia entre la primera y segunda parte de la ley 44, y de consiguiente que tampoco el favor de los mayorazgos puede causar la diferencia que se quiere suponer entre la ley 17 y 44 en punto de la irrevocabilidad, porque si la ley 44 en su primera parte sin embargo de tratar de mayorazgos se conforma con la disposicion de la primera parte de la ley 17, que habla de mejoras, ¿qué razon hay para disponer que no se halla la misma conformidad en la segunda parte, cuando se leen en ambas las mismas palabras, sin otra diferencia que en la 17 se habla espresamente del tercio, y en la 44 se habla generalte de mayorazgos, sin hacer diferencia ni mencion de tercio ni de quinto? Seguramente que no se hallará razon que lo persuada, pues el silencio que guarda la ley 17 acerca del quinto mas es por abreviar su contesto que por diferenciarlo de lo que habia dispuesto acerca del tercio, del que hizo espresion por via de ejemplo, como se ha dicho arriba.

72 Otra de las razones que persuaden no ser el favor de los mayorazgos el que hace irrevocable el que se funda en el quinto por contrato oneroso en virtud de

la ley 44, es que aun los autores que tienen por revocable la mejora del quinto hecha en virtud de la ley 17 esceptúan el caso de que haya intervenido contrato oneroso, cuya escepcion no deberian admitir si solo por privilegio se concedia á la fundacion del mayorazgo del quinto la irrevocabilidad.

73 Por último debe tenerse presente la doctrina de Tello en esta ley, á quien sigue Molina *de primogenitis*, que es la mas complicada, y se reduce á que la regla que propone la ley al principio haciendo revocable la mejora del tercio, no quiere que se estienda á la mejora del quinto cuando se hace por el padre ó la madre á un hijo emancipado ó á un estraño, pretendiendo que en estos casos es irrevocable por derecho comun, que no se ha derogado por esta ley. En la escepcion que pone á esta regla la misma ley haciendo irrevocable la mejora del tercio, cuando ha mediado contrato oneroso, ó la entrega de la cosa ó escritura, no quiere que rija en la mejora del quinto cuando se ha hecho por el padre á un hijo que tiene en la potestad, á no ser que mediase contrato oneroso, en cuyo caso tiene por irrevocable la mejora del quinto hecha por el padre al hijo que está bajo de su potestad; pero si solo media la entrega de la cosa ó de la escritura, defiende que permanecia revocable la mejora.

74 Contra esta doctrina dice Pelaez en el número 43 del lugar citado, que la siguió por algun tiempo hasta que halló que la ley *si constante*, C. *de donationibus inter vir. et uxor.*, espresamente era contraria, por la que se requiere la tradicion de la cosa para que la donacion que la madre hace al hijo no se pueda revocar, y lo mismo, dice, persuade la ley *possesionem* C. *de revocat. donation.*, y aunque no hubiera estos testimonios contra dicha doctrina bastaba ver la ninguna autoridad legal en que la funda Tello para tenerla por voluntaria, pues á la ley 6.ª, C. *de revoc. donationibus* se satisface con decir que habiendo probado que la disposicion de la ley 17 comprende igualmente la mejora del quinto que la del tercio, estando en esta espresamente quitada la diferencia que habia entre el caso que el hijo estaba en la potestad ó emancipado, ó la hacia la madre, se debe decir lo mismo que de la del quinto. A los tres casos que espresa la presente ley en que por derecho real se hace irrevocable la mejora, se aumenta un cuarto caso en que la mejora ó donacion se hace tambien irrevocable por derecho comun, y se verifica esto cuando en el instrumento en que se otorga se afirma con juramento, cuyo juramento ha de ser de haber por firme y no revocar la donacion ó mejora, y ha de recaer sobre la obligacion de no revocarla, pues de otro modo aunque le interponga no muda ni altera la naturaleza del contrato que de suyo es revocable, como lo afirma Tello Fernandez al núm. 93 de su Comentario á esta ley, y se convence de la doctrina del señor Covarrubias en la segunda parte de la rúbrica *de testamentis*, conclusion quinta, número 44, y lo repite Febrero en la parte segunda de los cinco juicios, lib. 2.º, §. 2.º, número 80.

75 A la reserva de revocar la mejora añade la ley otra escepcion, cual es cuando interviene alguna de las causas por las que pueden ser revocadas las donaciones perfectas que se refieren en la ley final, C. *de revocandis donationibus*, en la 1.ª del título de las donaciones, lib. 3.º del fuero real, y en la 10, título 4.º de la partida 5.ª

Ley XVIII de Toro; es la 2.ª, tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

El padre, ó la madre, ó cualquier de ellos pueden, si quieren, hacer el tercio de mejoría que podian hacer á sus hijos ó nietos, conforme á la ley del fuero, a cualquier de sus nietos ó descendientes legítimos, puesto que sus fijos padres de los dichos nietos ó descendientes sean vivos sin que en ello les sea puesto impedimento alguno.

COMENTARIO

á la Ley 18 de Toro.

1 Dispone la presente ley, que el tercio de mejora que podia hacer el padre ó la madre á sus hijos ó nietos segun la ley del fuero real, lo puedan hacer á sus nietos ó descendientes legítimos, aunque los padres de los referidos nietos ó descendientes esten vivos y les precedan.

2 A primera vista aparece que por esta ley nada se estableció de nuevo, pues si por la del fuero se supone que ya antes podia el padre hacer el tercio de mejora á sus hijos ó nietos, esto mismo es lo que

ahora se le concede sin mas diferencia que variar el nombre de nietos, de que usa la ley del fuero, en el de descendientes legítimos, que viene á ser lo mismo, mayormente cuando se usa de esta cláusula discretiva despues de haber hecho mencion de los hijos; pero sin embargo debe decirse que por la presente ley se hizo un nuevo establecimiento que no regia antes por la ley del fuero.

3 Esta es la 9.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del fuero real, que ordena que el que tuviere hijos ó nietos ó ulteriores descendientes que tengan derecho á la herencia de sus padres ó abuelos pueda, si quiere, mejorar alguno de ellos en el tercio de sus bienes. De aqui se manifiesta que la facultad que concedia la ley del fuero al padre para mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus hijos, nietos ó descendientes, se limitaba y restringia á aquellos que tenian derecho á la herencia del testador por sí ó en representacion de sus padres; y ahora por la ley de Toro se estendió y amplió esta facultad de mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de los nietos ó descendientes legítimos, aun en el caso que les precedan sus padres, que es lo mismo que decir, aunque no tengan derecho á los bienes del testador.

4 Palacios Ruvios en el número 1.º de esta ley afirma que en dos cosas ó puntos es declaratoria de la del fuero: el primero en cuanto concede á la madre, aun constante matrimonio por la generalidad con que habla, el mejorar en la tercera parte de sus bienes á cualquiera de sus hijos ó nietos, lo que dice se debe entender sin perjuicio del derecho que tiene el marido de percibir los frutos de los bienes dotales para soportar las cargas del matrimonio.

5 El segundo en la parte que añade la presente ley, que aun viviendo el padre puede el abuelo mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus nietos, en lo que dice que esta ley es declaratoria de la del fuero, porque antes graves autores opinaban que en virtud de la ley del fuero no se podia mejorar al nieto en el tercio de sus bienes precediéndole su padre, porque reputaban por legítima de los hijos el tercio de los bienes respecto de los estraños, y al nieto le consideraban en esta clase, cuya opinion á mi parecer nada tenia de estraño, antes bien era muy conforme y arreglada, adecuada á la letra de la ley del fuero que habla de los hijos, nietos y descendientes que tenian derecho á la herencia de su padre ó abuelo; aunque bien mirado no deja de haber algun motivo para dudar si la facultad que se concedia al padre para mejorar á cualquiera de sus hijos, nietos ó descendientes se habia de restringir y coartar á los que tenian derecho de heredarlo, pues aunque es cierto que en la primera parte prohibe la ley al padre que teniendo hijos, nietos ó descendientes legítimos con derecho de heredarle pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes á los estraños, en la segunda parte, en que le concede la facultad de mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de los hijos ó de los nietos, no hace espresion ninguna de que hayan de tener ó no derecho de heredarle.

6 Con la misma generalidad se concibió la ley 1.ª, tít. 5.º, lib. 4.º del fuero juzgo, que seguramente es de donde se tomó la ley referida del fuero real. Por la del fuero juzgo se manifiesta que antiguamente los padres y abuelos tenian una ilimitada facultad de disponer libremente de todos sus bienes aunque tuvieran hijos ó descendientes.

7 Conociendo el legislador la necesidad que habia de poner límites á tan absoluta y general libertad de testar, eligió el mas sabio, prudente y justo temperamento que puede escogitarse en la materia: concedió á los padres y abuelos, aun teniendo hijos ó descendientes, disponer de la quinta parte de sus bienes en favor de las iglesias, libertos ó cualquiera otras personas, y al mismo tiempo les recordó la obligacion que tenian de dejar los restantes bienes en beneficio de aquellos á quienes habian dado el ser, y fue tanta la consideracion que la ley tuvo por conservar en lo posible la libertad de los padres y abuelos en disponer de sus bienes, que aun de la parte que debian dejar á sus descendientes, les dió permiso para que pudiesen mejorar á cualquiera de ellos en el tercio de sus bienes, con la condicion, segun parece, que el mejorado se habia de contentar con la mejora del tercio sin pretender mas parte en la herencia del testador, á no ser que este no hiciera mencion alguna de los bienes restantes, y por último declaró que esta restriccion ó limitacion de disponer de sus bienes que imponia á los testadores no se debia estender á aquellos

bienes que hubiesen adquirido del Príncipe.

8 Bien se limite la facultad que por estas leyes se da á los abuelos de mejorar á los nietos al caso de que estos tengan derecho á la herencia por representacion de sus padres, ó se estienda tambien al caso de que carezcan de esta representacion, lo cierto es que por la presente ley de Toro se ve una decision clara y positiva de que la facultad del padre y de la madre se estiende á mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus nietos ó descendientes aunque les precedan sus padres.

9 De esta decision se deducen necesariamente las ilaciones siguientes. Que la palabra mejora no es término comparativo, de forma que denote tener mejorado un aumento de bienes sobre la legítima, á causa de que en virtud de esta ley puede hacerse la mejora al que no sea heredero.

10 Tambien se infiere que puede llamarse mejora la donacion que el padre hacia á un estraño del quinto de sus bienes, como espresamente se manifiesta en la ley 20, que hablando de este caso dice, cuando mejorare en el quinto á otra persona alguna.

11 Igualmente se deduce que no siendo la mejora legalmente hablando término comparativo, sino positivo, no se puede llamar con propiedad prelegado, que por derecho civil era la manda ó legado que por testamento se dejaba al heredero legítimo ó estraño, y de consiguiente solo podrá decirse prelegado la mejora que se haga á alguno de los herederos, y asi todo prelegado es mejora, pero no toda mejora prelegado.

12 No siendo la mejora del tercio término comparativo por poderse dejar al ascendiente que no tenia derecho á la herencia del testador, se sigue tambien que el tercio no se puede reputar en virtud de la presente ley por legítima forzosa de los hijos, aunque de libre disposicion entre ellos, y se ha hecho ó pasado á hacer legítima forzosa y necesaria de los descendientes del testador, con libertad de dejársela á cualquiera de ellos.

13 Notadas ya las alteraciones ó particularidades que se advierten de la decision de esta ley, resta ahora proponer y satisfacer algunas dudas que se originan de la misma.

14 La primera es si la mejora del tercio podrá tener lugar cuando el padre tiene solamente un hijo. Antonio Gomez propone esta duda en la ley 17, número 19, y se resuelve por la parte negativa. Del mismo dictámen es el señor Covarrubias en sus varias, lib. 1.º, capít. 19, número 2.º, y casi todos los autores nacionales que tratan este punto, en donde se podrán ver por menor las razones en que se funda.

15 He dicho que casi todos los autores nacionales opinan de este modo por esceptuar á Parladorio, que se enpeña en sostener la opinion contraria, por lo que he creido preciso detenerme á examinar y rebatir los fundamentos de que se vale este autor para sostener una opinion tan estraña.

16 Pero antes de entrar en este exámen seria conveniente proponer el principal fundamento en que se apoya la opinion contraria á la de Parladorio, sacado de nuestro derecho real. En virtud de este todos los bienes del padre son legítima de los hijos ó descendientes, esceptuando la quinta parte, de que puede disponer por su alma ó á favor de los estraños, como ademas de la ley del fuero juzgo y real, citadas en la ley 17 de Toro, lo declaran entre otras dicha ley 17 y la presente; siendo, pues, legítima de los descendientes el tercio de los bienes del padre respecto de los estraños, y no habiendo mas que un hijo ó descendiente, no se puede decir mejorado en el tercio, estando el padre obligado por la ley á dejárselo, pues la mejora supone eleccion, y como esta no puede verificarse cuando hay uno solo á quien dejarse no puede tener lugar en él, no estando el padre menos obligado á dejar á su hijo ó descendiente el tercio de sus bienes en el presente caso, que las dos restantes partes de la herencia.

17 Contra esta comun opinion de los autores nacionales se opone Parladorio, libro 1.º, *rer. cot.*, cap. 7.º, donde valiéndose de su elocuencia intenta persuadir con varias reflexiones que la mejora del tercio puede tener lugar en un hijo único. Como las razones que alega en favor de su opinion tienen bastante verosimilitud, la que esfuerza con la elegancia de su pluma, y por otra parte vea que ni Gutierrez, que cita á Parladorio sobre este punto en el libro 2.º, *præterquam civ.* q. 54, ni Febrero en la Librería de Escribanos, parte 2.ª, título 2.º, § 1.º, número 7.º, ni otro alguno de los autores que he tenido presentes se propongan impugnar los fundamentos de Parladorio, me ha parecido conducente de-

tenerme á satisfacer á sus principales argumentos.

18 El primer argumento de Parladorio lo toma de aquel vulgar axioma que afirma, que donde milita igual ó mayor razon debe observarse la misma disposicion de derecho, y contrayéndolo al caso presente dice, que mayor razon hay para conceder al padre la facultad de mejorar en el tercio cuando solo tiene un hijo que cuando son muchos, porque en este caso mejorando á uno de ellos perjudica á los demas, á quienes quita lo que da al mejorado, y en cierto modo los injuria, cuyos inconvenientes cesan cuando mejora al hijo único, porque entonces ninguno hay que se queje, ni sufra daño ni injuria, consiguiendo solo el hijo todos los bienes de su padre, lo que no puede menos de servirle de mucha satisfaccion. Ufano Parladorio con la eficacia de este argumento y en ademan de triunfar de sus contrarios, les pregunta que con qué razon niegan al padre que tiene un solo hijo lo que puede hacer sin injuria de nadie, concediéndole al que tiene muchos, lo que no puede hacer sin ofender á alguno ó á algunos de ellos.

19 Toda la eficacia de este argumento se funda en un supuesto falso, y es el de suponer que el padre tiene facultad de no dejar al hijo único el tercio de sus bienes. Queda ya probado arriba que el tercio es legítima de los hijos respecto de los estraños teniendo hijos; sentado este principio, ¿qué satisfaccion le resultará al hijo único, ni qué favor le hará el padre en mejorarlo en el tercio? ninguno ciertamente, porque ó le deja el tercio como una simple mejora, ó vinculándolo en favor de los descendientes: si se dice lo primero es inútil que el padre diga que lo mejora en el tercio, porque aunque no lo dijese no podia el hijo dejar de percibirlo, ni el padre tenia facultad para quitárselo, y seria lo mismo que cuando el deudor lega á su acreedor lo que le está debiendo, que es inútil el legado, segun lo declara Justiniano en el §. 14, título 20, lib. 2.º *institutionum*, y así no tendria mas efecto la mejora en este caso que el que tendria si dijera que lo mejoraba en las dos restantes partes de la legítima. Si se dice lo segundo tan lejos está de que se pudiera hacer sin injuria de nadie, que antes bien se habia de decir se le hacia al hijo una conocida injuria, porque el padre sin darle, ni dejarle nada que le pudiera quitar, lo privaba de la facultad de disponer libremente en vida ó en muerte de la tercera parte de su legítima en favor de quien le pareciera, pues como el tercio en el caso presente es tan legítima del hijo como las dos restantes partes, no seria menos absurdo pretender vincular aquel, que estas en favor de los descendientes, y por eso disponen la ley 17, tít. 1.º, partida 6.ª, y la 11, tít. 4.º, partida 6.ª, que la legítima se debe dejar libremente sin ningun agravamento ni condicion.

20 En confirmacion de su argumento, dice Parladorio que la voluntad de los difuntos mas bien se ha de estender que coartar segun las leyes, las que cuantos mas hijos tiene el padre, tanto mas coartan la facultad de legar, estendiéndola al contrario cuantos menos hijos tengan. Pero este argumento ó no prueba nada, ó prueba mas de lo que pretende Parladorio, pues se habria de decir que en virtud de las dos razones propuestas se le habia de conceder al padre el poder disponer libremente de mayor porcion de bienes que la del tercio, lo que ni el mismo Parladorio admitiria si le merecian alguna consideracion las leyes nacionales.

21 Proponiéndose impugnar el argumento que hacen los contrarios de que la voz *mejora* no puede tener lugar ni convenir á un hijo sólo, cita varias leyes que prueban que aun aquellas voces que dicen relacion á otros se verifican y apropian al caso en que hay uno solo, como cuando se substituye al último que muera, se admite la substitucion aunque no hubiera mas que uno, y que las palabras de *óptimo* y *máximo* convienen al que es solo, y cita á Tello en la ley 21, números 5.º y 6.º, donde prueba con leyes reales que la palabra ó voz *mejora* no siempre significa eleccion ó prelacion.

22 Es constante que la voz *mejora* es comparativa; pero es innegable que nuestras leyes usan tambien de ella por positiva, y tanto en un significado como en otro es evidente que la mejora no puede tener lugar, ni convenir á un hijo único, porque por su naturaleza supone siempre eleccion y prelacion, como voy á manifestar.

23 La mejora se puede entender respecto de la sucesion, y en este sentido es un verdadero comparativo, llamandose mejorado el que tenga mayor parte entre los coherederos, y este era el significado pro-

pio de que usaba la ley citada del fuero de la voz *mejora*, pues solo tenia lugar entre los hijos ó nietos, dado que hubiesen muerto sus padres, en cuyo caso eran herederos.

24 Se usa tambien de la voz *mejora* entre aquellos que no son llamados á la sucesion, como sucede en la presente ley, que llama mejora la que se hace al nieto que no hereda á su abuelo, y en la ley 20 la que se hace á un estraño, y en este sentido la mejora es un legado ó donacion que indispensablemente dice eleccion y prelacion, con esta diferencia, que cuando la mejora es del tercio se dice eleccion y prelacion respecto de los descendientes, que es lo mismo que decir que el mejorado ha sido elegido y preferido entre los descendientes del donador; y cuando la mejora es del quinto se verifica tambien la eleccion y prelacion del mejorado, no entre personas ciertas, como sucede en la mejora del tercio que se hace entre los descendientes, sino entre inciertas, cuales son los estraños. Toda esta doctrina es tomada de Tello en el lugar citado por Parladorio, lo que es una prueba convincente de la equivocacion que padeció este último afirmando que segun Tello la voz *mejora* no siempre suponia eleccion y prelacion, pues jamás le niega esta cualidad, aunque hablando de esta ley 18 dice que la mejora no supone precisamente herencia ó sucesion, y asi se ha de considerar como una donacion sin prelacion en la sucesion. Estas son sus palabras: *ergo melioratio non presuponit precisè succesionem, et sic melioratio importat donationem, sine aliqua prelatione in succesione.*

25 Esta espresion sin duda dió causa á Parladorio para su asercion, en lo que padeció error manifiesto, pues la prelacion que negó Tello en la mejora de la ley 18 no fue absoluta, sino restringida y coartada á la sucesion, que era lo mismo que decir que por la ley 18 podia ser mejorado un descendiente sin que se verificase que era preferido en la herencia ó sucesion, porque viviendo su padre no podia ser heredero del abuelo, ni concurrir á la sucesion; pero el que no tuviese esta prelacion en la sucesion no le privaba de tenerla en la descendencia, como lo advierte Tello al fin del número 6.º, que es lo mismo que decir que era preferido en el tercio á los demas descendientes del donador, como se ha dicho ya, cuya preferencia es imposible se pueda verificar cuando hay solo un hijo.

26 Admitiendo Parladorio, como por gracia, en el número 13 que la mejora denote y suponga eleccion y prelacion, insiste en que esto se puede verificar en el caso de que haya un solo hijo, el que deberá entenderse elegido y preferido respecto de los descendientes futuros, entre los cuales concede á los padres la ley 11, título 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que es la 27 de Toro, plena libertad de hacer legados y fideicomisos, cuya ley dice al número 18 que claramente prueba su sentencia, porque permitiendo dicha ley á los padres que en defecto de descendientes, ascendientes y colaterales puedan disponer del tercio en favor de los estraños, y no pudiéndose verificar la falta de los hijos sin que primero hayan quedado reducidos á uno solo, es visto quiso tuviese lugar la mejora, y subsistiese cuando hubiese un solo hijo.

27 La solucion de este argumento la pone á continuacion Parladorio, haciéndose cargo de lo que dicen los autores de la sentencia contraria, que esto se ha de entender cuando haya varios hijos al tiempo que se hizo la mejora; pero insiste que dar esta respuesta es adivinar, y se seguiria que la mejora hecha habiendo varios hijos se estinguiria cuando llegase á quedar uno solo, porque llegaba al caso en que podia haber sido hecha segun aquella regla que trae la ley 3.ª, ff. §. 2.º *de his quæ pro non scriptis habentur. Quæ in eam causam pervenerunt, à qua incipere non póterant, pro non scriptis habentur.* A mas que en realidad nada importa que los hijos falten al principio ó despues.

28 Sin embargo de las razones espuestas por Parladorio, digo es absolutamente falso que, haciendo la mejora en un hijo único pueda entenderse elegido y preferido respecto de los descendientes futuros, pues la eleccion y preferencia se versa necesariamente entre sugetos capaces de obtener aquello para que son elegidos, y no siendo el descendiente futuro capaz de ser elegido y preferido al hijo actual en la mejora del tercio, no puede ni debe entenderse que lo sea este respecto del descendiente futuro; y asi si se preguntase á Parladorio si podia un padre mejorar en el tercio á un descendiente futuro con esclusion de su propio hijo, se veria en la precision de confesar que no, y si el descendiente futuro no puede entenderse preferido en este caso respecto del hijo actual, tampoco podrá tener lu-

gar esta preferencia en el hijo respecto del descendiente futuro. El que la ley 27 citada permita hacer llamamientos y substituciones de legados y fideicomisos entre los descendientes futuros, nada menos prueba que el que haya sido preferido el primero en quien se hizo la mejora respecto de los que no eran capaces de ella por no haber nacido, pues como se ha dicho, la eleccion y preferencia recae sobre sugetos actualmente capaces, y los llamamientos solo exigen una capacidad condicional ligada á cierto tiempo y circunstancias, por lo que se debe decir que pretender se entienda elegido y preferido el hijo mejorado á los descendientes futuros, no es menos absurdo que si se pretendiese persuadir que el Sumo Pontífice actualmente reinante habia sido preferido y elegido entre los que le han de suceder de aqui á un siglo.

29 La reflexion que hace Parladorio, fundado en la misma ley 27, de que subsiste la mejora del tercio cuando solo quede un descendiente, de que infiere podrá igualmente constituirse en el caso que haya un hijo único, nada prueba, porque de ella no se infiere que hubiera podido tener principio la mejora habiendo solo un hijo, ni tampoco el que debiera cesar y estinguirse cuando llegaba el caso de quedar un solo descendiente, como todo se comprueba con aquella regla de derecho, 85 *de Reg. juris*, que establece y dice: *non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt durent, licet ille casus steterit à quo initium capere non potuerunt*. Digo, pues, con los autores citados, que asi la ley 18 como la 27, que conceden al ascendiente la facultad de mejorar en el tercio á uno de sus descendientes, se han de entender cuando al tiempo de hacer la mejora habia dos ó mas descendientes, como se ha probado con los fundamentos que quedan espuestos en la respuesta al primer argumento; y constituida la mejora en estas circunstancias, continúa y subsiste aunque llegue á quedar solo un descendiente, debiendo tener lugar esta regla en los asuntos formalizados segun las disposiciones de derecho, y que hayan quedado consumados y perfectos en todas sus partes, de forma que nada falte ni se espere para su consumacion. Al contrario sucede en la regla tomada de la ley citada, la que solamente rige en aquellas cosas que despues de establecidas les falta algo para su perfeccion y consumacion, como sábiamente lo esplica Vinnio en el Comentario al §. 14 *de legatis*, libro 2.º *institutionum*, y lo ilustra Heineccio en su nota con la doctrina de Jacobo Gotofredo, que nada deja que desear para la cabal inteligencia de estas dos reglas al parecer opuestas.

30 Contraidas estas á la presente materia tendrá lugar la regla de la ley 3.ª, cuando despues de hecha la mejora entre dos ó mas descendientes faltasen los demas, quedando solo el mejorado antes de haber muerto el testador ó fundador, porque á esta mejora, aunque rita y útilmente hecha, le faltaba para su perfeccion y consumacion el que el mejorado hubiera entrado en posesion de la mejora, ya sea por la muerte del fundador, ó por la entrega de la cosa que este le hubiera hecho, y como antes de cumplirse esto sobrevino un caso en que no podia haber sido hecha la mejora, se tiene por no hecha y se estingue, y lo mismo deberá decirse, si haciéndose por testamento la mejora se le privase despues de testar al fundador.

31 La regla de la ley 85 tiene lugar en todos los casos en que hecha la mejora entre dos ó mas descendientes entra el mejorado en posesion de ella antes de faltar los descendientes entre quienes se hizo.

32 En confirmacion de su opinion propone en el número 15 un argumento del que me haré cargo, no tanto por su valor y eficacia, cuanto por descubrir las inconsecuencias y equivocaciones que en él se advierten. Dice, pues, que asi como respecto de los estraños la quinta parte de los bienes legada á un hijo no se computa en la legítima, igualmente no se computa el tercio legado á un hijo, y cita á Suarez en la ley *Quoniam amp.* 7, número 4.º, Palacios Ruvios en la ley 27, y á Covarrubias en las *Varias*, lib. 1.º, cap. 19, número 4.º, y la ley 27, que es la 11, tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

33 La paridad que establece Parladorio en este argumento entre la quinta y tercera parte de los bienes respecto de los estraños es absolutamente falsa y contraria á lo que constantemente enseñan los autores de la contraria opinion: dicen estos que la quinta parte, ya sea respecto de los estraños, ya de los hijos ó descendientes, no se reputa ó computa, como dice Parladorio, por legítima del hijo mejorado; pero niegan absolutamente que el tercio de mejora no se repute por legítima respecto de los

estraños, aunque no lo es respecto de los mismos hijos. Oiganse las palabras de Suarez en el lugar citado. *Hodie est notorium quod omnia bona paterna dicuntur legitima, excepta quinta: sed respectu filiorum et inter eos, tertia non est propie legitima*, y da esta razon, *cum pater posset uni ex filiis prelegare meliorando eum in tertia, et etiam in quinta.* Si todos los bienes del padre son legítima de los hijos escepto la quinta parte, se convence que el tercio es legítima de los hijos respecto de los estraños, ó lo que es lo mismo, que no se puede dejar á los estraños teniendo el donador hijos; luego es manifiestamente falso que el tercio que se lega á un hijo no se repute en la legítima respecto de los estraños aunque sea cierto que respecto de los hijos no es legítima, como lo esplica Suarez en las palabras citadas. Los demas autores citados y otros muchos repiten la misma doctrina, como cualquiera podrá ver. Pero ¿para qué me canso en persuadir lo que el mismo Parladorio se vé precisado á confesar? Si el tercio no es legítima de los hijos respecto de los estraños podria el padre dejárselo á los estraños sin que pudiesen reclamar los hijos, asi como puede hacerlo con el quinto; esto no lo puede conceder Parladorio sin contravenir á la espresa resolucion de la ley del fuero citada, y de la 18 y 27 de Toro que amplían su resolucion. A mas que si el tercio no fuera legítima de los hijos respecto de los estraños, no podia tener lugar la duda presente, pues seria libre en el padre elegir al hijo ó al estraño para mejorarlo en el tercio, asi como puede hacerlo en el quinto; luego es enteramente falso que el tercio que se deja al hijo no se repute por legítima respecto de los estraños.

34 Continúa diciendo que los autores de la contraria convierten á favor suyo el argumento propuesto porque afirman que respecto de los estraños se computa en la legítima el tercio de mejora, y en el caso que haya un hijo son estraños todos los demas. A este argumento dice que responde con lo que ha dicho arriba, porque no se puede hallar una justa causa de diferencia que manifieste qué mayor razon hay para que esta tercera parte no se compute en la legítima habiendo solo un hijo que cuando hay muchos, de que infiere que debe decirse lo mismo en uno y otro caso, ya porque el tercio no solo no se computa en la legítima de los hijos respecto de los mismos hijos, sino tambien respecto de los descendientes segun la ley 27. De aqui concluye que está tan distante este argumento de favorecer á los contrarios, que no sin razon pueda acumularse á los argumentos que ha propuesto por su sentencia.

35 Por poco que se reflexione no se podrá menos de conocer que Parladorio se alucina en la respuesta que intenta dar á la doctrina que refiere de los autores de la contraria. Acaba de decir que afirman aquellos que respecto de los estraños se computa en la legítima el tercio de mejora, y que en el caso que haya un solo hijo son estraños todos los demas, y queriendo impugnar esta doctrina supone que el tercio de mejora no se reputa en la legítima habiendo solo un hijo, y asi pregunta por qué razon no se computa en la legítima el tercio de mejora cuando hay solo un hijo, y se computa cuando hay muchos. Si los autores de la contraria confiesan que el tercio de mejora es legítima y se reputa en ella respecto de los estraños, y que habiendo un hijo solo todos los demas son estraños, es preciso que digan en fuerza de una consecuencia necesaria que el tercio de mejora cuando hay un solo hijo se le imputa en la legítima, y tan distantes estan de negar esto que el único fundamento que tienen para negar que en el caso que haya un solo hijo pueda tener lugar la mejora del tercio (que es la cuestion disputada), es porque en tal caso el tercio de mejora se reputa en la legítima, en la que no cabe mejora, segun la ley 26 de Toro.

36 Supone, pues, muy mal Parladorio que en el caso de que hay un hijo solo el tercio de mejora no se computa en la legítima, debiendo inferir lo contrario de la doctrina que refiere de los contrarios, pues constantemente enseñan estos, que tanto cuando hay un hijo solo, como cuando son muchos, el tercio de mejora se reputa legítima respecto de los estraños, con esta sola diferencia entre un caso y otro, que cuando hay un hijo solo el tercio es legítima respecto de él, como de los estraños, lo que no sucede cuando hay muchos, porque respecto de ellos no es legítima, ni respecto de los descendientes, como lo reconoce el mismo Parladorio citando la ley 27, mal á propósito para inferir que no siendo el tercio legítima de los hijos respecto de ellos y de los descendientes no tienen razon los contrarios para decir que no se computa

en la legítima el tercio de mejora cuando hay un hijo solo, y sí cuando hay muchos.

37 A vista de estas inconsecuencias y contradicciones no es de estrañar que Diego Jalon de Paz en la cuestion 1.ª, número 19, prorrumpiese en la espresion poco favorable que indica Parladorio en el número 28. Las demas razones de que se ayuda Parladorio son tan débiles, que cualquiera conocerá su poco mérito, por lo que no me detengo á refutarlas. Por último debo advertir que en un caso puede tener lugar la mejora del tercio en un hijo único, y es cuando el padre le entrega la posesion de la cosa, sin reservarse el usufructo, como lo afirma Molina *de primogenitis*, lib. 2.º, cap. 11, número 4.º, y la razon de esto consiste en el beneficio que logra el hijo de recibir y disfrutar en vida de su padre el tercio de mejora de que no debia gozar hasta despues de su muerte, bien entendido que esta mejora en rigor no valdria por las razones que se han espuesto contra Parladorio, á no confirmarla la aceptacion y consentimiento del hijo, pues resistiéndose á admitirla no tendria efecto.

38 Segunda duda concerniente á esta ley es si el abuelo podrá mejorar ó dejar el tercio de sus bienes á uno de sus nietos descendientes de un hijo único. Mas claro, si teniendo el abuelo un solo hijo, y muchos nietos de este, podrá mejorar á cualquiera de aquellos en el tercio. Gomez en el número 19 citado afirma que en tal caso no puede el abuelo dejar el tercio de mejora á ninguno de los nietos. No da la razon de esta opinion, contentándose con inferirla de la resolucion de la duda antecedente, suponiendo que la facultad que concede la presente ley al abuelo para que pueda mejorar en el tercio á un nieto se ha de entender cuando tenga muchos hijos, y de estos ó de alguno de ellos varios nietos.

39 Covarrubias en el lugar citado, número 4.º, Tello y Matienzo glosa 3.ª, número 3.º en la presente, y otros, defienden que en el caso espresado puede el abuelo mejorar á cualquiera de sus nietos, y se fundan en que aunque el tercio de mejora sea legítima de los hijos respecto de los estraños, que es lo mismo que decir que no se puede dejar á los estraños teniendo el padre hijos ó descendientes, como por la presente ley se declaran los nietos y descendientes por no estraños para poder obtener el tercio de mejora aunque vivan sus padres, se sigue claramente que el tercio no es legítima de los hijos respecto de los nietos y descendientes, y por lo tanto se puede dejar á cualquiera de ellos sin injuria de su padre.

40 Aun se persuade esto mas eficazmente en la forma siguiente. Si por ser el tercio legítima de los hijos no pudiera el abuelo mejorar á cualquiera de los nietos procedentes de un único hijo, era forzoso decir que tampoco podia tener lugar la mejora del tercio en los nietos cuando el abuelo tuviese muchos hijos; la razon de esto es tan obvia como convincente. No menos es legítima de los hijos el tercio cuando son muchos que cuando es uno; sin embargo de esto cuando son muchos puede el padre privarlos á todos del tercio, y dejárselo á un nieto; con que por igual razon podrá privar del tercio á su único hijo para dejárselo á uno de los nietos.

41 Tello, aunque sigue la misma opinion de Covarrubias, apoya su dictámen en que el tercio no es legítima del hijo, y de consiguiente no se le hace injuria en privarlo de él y dejárselo al nieto. Esta razon dice Tello que es la conclusion, ó lo mismo que se disputa, y asi dice que de nada aprovecha, porque Gomez para su opinion niega que el tercio no sea legítima del hijo. Para evitar este inconveniente afirma Tello que la decision de la ley no se funda en la cualidad de la sucesion, sino en el afecto y amor de los padres, que no es mayor para con los hijos que para los nietos y descendientes; pero aunque sea la razon que tuvo la ley para su resolucion, esto no impide que por el hecho de conceder la ley al abuelo la facultad de mejoral en el tercio de sus bienes á sus nietos, aunque viviesen sus padres, no declarase que el tercio no era legítima de los hijos respecto de los descendientes, antes bien es una consecuencia forzosa que el tercio no es legítima de los hijos, si podia dejarse á los nietos. No siendo pues el tercio legítima de los hijos respecto de los descendientes, sino respecto de los estraños, como lo reconoce el mismo Tello, funda muy bien su dictamen Covarrubias en que el tercio no es legítima del hijo, para decir que no se le hace injuria en privarlo de él y dejárselo al nieto, y que no sea legítima lo prueba con la libertad que concede la ley para dejar el tercio á uno de los nietos aunque viva su padre. No es pues la

razon en que apoya su opinion Covarrubias la misma conclusion, como pretende Tello, sino la formal decision de la ley, que declara que el tercio no es legítima de los hijos, permitiendo que se pueda dejar á los nietos, aunque el fundamento de esta resolucion haya sido el afecto y amor de los padres á sus descendientes.

42 Otra de las dudas concernientes á esta materia es si el abuelo podrá mejorar en el tercio al nieto de un hijo único. Esta duda no veo se la hayan propuesto los autores citados, lo que no es de estrañar en el Gomez, porque la resolucion que sigue en la duda antecedente milita con mas razon en la presente; pero el silencio de Covarrubias, Tello y Matienzo, junto con el cuidado que se advierte en ellos, tratando de la duda anterior, de espresar que el abuelo habia de tener varios nietos de su hijo único, me hace creer, y casi lo tengo por cierto, que opinaban no podia tener lugar la mejora cuando el nieto era único. Sea cual se fuere su opinion en este punto, mi dictámen es que tiene lugar, y puede el abuelo mejorar al único nieto descendiente de un hijo único. El fundamento de este dictámen es el mismo que el de la resolucion de la duda anterior, reducido á que en este caso el tercio no es legítima del hijo respecto del nieto, y que no sea legítima se manifiesta por la misma ley que permite dejar á los nietos el tercio, sin embargo de que viva su padre, sin que haya menos razon en este caso que en el antecedente para que el abuelo no pueda mejorar á un nieto, pues el que los nietos sean muchos ó uno solo no varía el concepto de que el tercio no es legítima del hijo respecto de ellos, y no siendo legítima debe tener lugar la mejora, habiendo dos entre quienes puede elegir, pues el que sean diferentes en grado es accidental, y en nada varía la resolucion de la ley, y si en este caso se niega al abuelo la facultad de mejorar al nieto, deberá decirse lo mismo respecto del padre que solo tenga dos hijos, pues la misma proporcion que tiene un hermano con otro por la ley del fuero para ser mejorado, observa y establece la presente ley entre el hijo y nieto para ser mejorado por su abuelo. A mas de esto, todas las razones que se han espuesto para persuadir que la mejora no puede tener lugar en el hijo único obran á favor de que puede verificarse entre el hijo y el nieto por el abuelo; Febrero en la librería de Escribanos, parte 2.ª, tít. 2.º, capítulo 2.º, §. 1.º, número 7.º, es del mismo dictamen.

43 Resta advertir que lo que se ha dicho asi en esta duda como en la antecedente respecto del nieto ó nietos, se ha de entender del hijo padre, con esclusion de los nietos, pues por la misma razon que puede el abuelo mejorar á su nieto ó nietos, y dejar á su hijo, puede elegir á este, y dejar á los nietos, y como la mejora es una eleccion y predileccion de personas, siempre que haya dos se podrá verificar la mejora, bien sean hijos ó nietos, ó uno á cada grado.

44 Tambien se debe advertir que aunque la ley hace mencion y usa de las palabras hijos y nietos en plural no exige que haya múchos de uno y otro grado á un tiempo para que se pueda hacer la mejora, sino que basta haya muchos, bien sea de cada grado de por sí, bien de uno de ellos, ó bien haya uno de cada grado de por sí, pues de lo contrario se seguiria que habiendo solo un hijo, aunque los nietos fueran muchos, no podria tener lugar la mejora en el hijo, y al contrario habiendo muchos hijos y solo un nieto no podria verificarse en este, porque en uno y otro caso no se cumplia el que hubiese hijos y nietos.

Ley XIX de Toro; es la 3.ª, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion.

El padre é la madre é abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio é quinto de mejoría en que lo haya el fijo ó fijos, ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no esceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte; pero mandamos que esta facultad de lo podeer señalar el dicho tercio é quinto como dicho es, que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna.

COMENTARIO

á la ley 19 de Toro.

1 Dispone la presente ley que pueden los padres y abuelos en vida y en muerte señalar en parte determinada de sus bienes el tercio y quinto, en que quieran mejorar

á sus hijos y descendientes, para que se les dé en aquella misma cosa que señalaron, con tal que el tercio no esceda el valor de lo que valia la tercera parte de sus bienes al tiempo de su muerte, y que esta facultad de señalar el tercio y quinto en cosa cierta no la pueda cometer el testador á ninguna otra persona.

2 Tres partes contiene la presente ley; en la primera se concede á los padres la facultad de señalar en cierta y determinada cosa la mejora de tercio y quinto que hagan á sus hijos. Entran nuestros espositores del derecho real, como tienen de costumbre, á examinar la razon de esta decision, y dice Palacios Ruvios, Gomez, á quienes sigue Matienzo, glosa 1.ª, número 1.º, que debiéndose la legítima al hijo por derecho comun en cualquiera parte de la herencia, á cuyo fin citan la ley 2.ª, tít. 34, lib. 10, C. y la 2.ª, C. *ad legem falcidiam* y otras, y siendo el tercio legítima de los hijos, como se ha dicho en la ley anterior, parecia que la decision era contraria al derecho comun, y como miran con natural aversion que nuestras leyes se aparten del derecho comun, el deseo de conciliar la presente ley les hizo advertir que aunque el tercio es legítima por nuestro derecho real, no lo es precisa y necesaria, sino voluntaria, pudiendo el padre dejarlo al hijo que eligiere, con lo que salvaron el inconveniente de que esta ley derogase la disposicion del derecho civil; pero la desgracia es que aun despues de esta distincion queda en pie el mismo inconveniente, porque sea ó no el tercio legítima voluntaria, lo cierto es que señalándose en una cosa cierta y determinada las legítimas de los demas hijos, y aun la del mismo mejorado, no pueden sacarse de esta parte que constituye el tercio, y de consiguiente es indispensable decir que en virtud de la facultad que concede esta ley no podrán sacarse las legítimas de los hijos de cualquier parte de la herencia, que era lo que disponia el derecho civil. Lo mismo debe decirse acerca del quinto; este ciertamente no es legítima necesaria ni voluntaria de los hijos, y permitiéndose señalarlo en cosa cierta es prohibir que las legítimas puedan sacarse de aquella parte, pues lo mismo es mandar que una cosa cierta de la herencia no pueda ser legítima, que prohibir que las legítimas se puedan sacar de cualquier parte de la herencia.

3 Antes de esta ley ordenaba la 213 del estilo que el tercio de los bienes pudiese dejarse en cosa cierta y determinada, y sin embargo de esta disposicion afirma Palacios Ruvios, número 4.º, que esta ley de Toro fue muy conducente para quitar las dudas y ambigüedades que habia en los tribunales acerca de esto, asegurando que muchas veces se habia sentenciado contra la disposicion de esta ley de estilo; de que debe inferirse que si las leyes de estilo merecian rigurosamente este nombre (lo que niega don Manuel de Lardizabal en su discurso sobre las penas), no estaba en práctica su observancia en tiempo de Palacios Ruvios. La ley 2.ª, tít. 11, partida 6.ª permitia que se hiciese legado de cosa cierta y determinada.

4 En la segunda parte señala la ley el tiempo en que debe regularse el valor del tercio, del que no permite esceder por la facultad de poderlo señalar en cosa determinada, de forma que esta segunda parte se puede considerar como una declaracion de lo que dispone la primera.

5 Covarrubias en el cap. *Rainaldus* 18, §. 2.º, número 10 y 11 *de testamentis*, refiriendo la limitacion que pone Suarez en la ley *quoniam prioribus*, limitacion 5.ª á la asercion de los comentadores del derecho civil, de que no puede el hijo pedir se le asigne la legítima en una cosa que espresamente legó su padre, y se reduce á que esto no se ha de entender si la cosa legada sea de mucho mayor estimacion que las otras cosas de la herencia, y se le haga agravio al hijo en su legítima, infiere de esta doctrina que el padre puede asignarle al hijo la legítima en determinada cosa, como no sea de inferior condicion que los demas bienes de la herencia, y se le perjudique al hijo en la legítima.

6 Contrayendo á continuacion el mismo Covarrubias esta doctrina á la presente ley real, afirma que la facultad que por ella se concede al padre de poder asignar la mejora en cosa determinada se ha de entender con tal que dicha cosa señalada no sea mas escelente que las restantes; *nisi res illa ita sit cæteris prestantior, ut ex ea asignatione fraus fierit legitimæ portioni aliorum.*

7 Tello en el número 1.º á esta ley, haciéndose cargo de las palabras de Covarrubias, dice que si su autor quiso espresar y manifestar que no subsistia la mejora cuando los hijos se defraudaban por

ella en la porcion ó parte legítima, él sigue el mismo dictámen; pero si el perjuicio solo estaba en la cualidad de la cosa señalada se inclina á que la doctrina de Covarrubias es opuesta á la ley real, porque segun nuestras leyes reales el perjuicio para que sea verdadero ha de consistir en la cantidad y no en la cualidad de la cosa, debiéndose únicamente atender al valor de la cosa, y cita en confirmacion las palabras de la ley que dicen: de lo que montare ó valiere la tercia parte de sus bienes; y al mismo fin cita las leyes 23, 26 y 29 de Toro, que disponen lo mismo, y concluye que como nuestras leyes solo tienen consideracion al valor de la cosa, el que esta sea de mejor cualidad y substancia no debe ser de impedimento para que no subsista la mejora, que es decir, que siempre que la cosa que se señala para el tercio de mejora no esceda del valor de la tercera parte de los bienes hereditarios, será válida la mejora, aunque considerada aquella misma cosa por sí sea mas escelente y de mejor cualidad que las restantes partes de la herencia. Un ejemplo pondrá en claro esta doctrina. El padre que teniendo tierras de secano y de regadío mejora á un hijo en todas las de regadío, será válida la mejora si las tierras de regadío no esceden del valor de la tercera parte de la herencia, sin embargo que las tierras de regadío son de superior calidad que las de secano.

8 Aunque atendido el contexto de la doctrina de Covarrubias, presta bastante fundamento para creer que la escepcion la ponia en el esceso, en la cantidad y valor, y no en la cualidad, Matienzo en la glosa 1.ª de esta ley, número 2.º, supone que la escepcion de Covarrubias estrivaba en la cualidad, y despues de referir el argumento de Tello se adhiere á la sentencia de aquel, afirmando que del esceso en la cualidad puede resultar no pequeño perjuicio á las legítimas de los otros hijos. En confirmacion refiere y pone dos ó tres ejemplos, que á mi parecer son mas especulativos que prácticos, que es la verdadera ciencia en estas materias, por lo que sin detenerme mas en este punto lo dejo al juicio del prudente lector.

9 Señala la presente ley el tiempo de la muerte del testador para regular el tercio de mejora con respecto á lo que entonces valian los bienes del testador. Queriendo Gomez indagar la razon de esta decision dice en la ley 23, á quien sigue Matienzo en esta presente ley, glosa 4.ª, que por ser el tercio legítima del hijo se regula su valor con respecto al mismo tiempo que se estima la legítima, la que segun la ley 6.ª, C. *de inofficioso testamento*, y otras que citan, se gradúa por el valor que tenian los bienes del testador al tiempo de su muerte.

10 Por poco que se reflexione sobre el fundamento que proponen de la decision de la ley, se conocerá que es absolutamente falso; pues el tercio no es legítima de los hijos, como queda demostrado en la ley 18, y lo reconocen estos mismos autores en dicha ley, y lo persuade eficazmente Baeza, *de non melior. dotis rat. fil.*, capítulo 9.º, número 49 y 50. Pero concedámosles que fuese legítima de los hijos cuando existen estos, no se puede negar que no habiéndolos tiene el testador facultad de mejorar en el tercio á un estraño, con que en tal caso no habia de regir la decision de la ley, faltando absolutamente el fundamento de ella.

11 Tampoco es negable que el quinto no es legítima haya ó no hijos, pues es libre de mejorar en él á un hijo ó á un estraño, y sin embargo se gradúa su valor por el que tenian los bienes del testador al tiempo de su muerte, como se hará ver despues. De que se convence carece de todo apoyo la asercion referida, que sin duda dimana del tenaz empeño de nuestros comentadores en fundar con leyes civiles las resoluciones de nuestras leyes reales.

12 Aunque no siempre es fácil acertar con la razon de la ley, ni esto conduce para su valor y observancia, yo diria que la verdadera causa de esta decision fue el no esponer á los hijos á que salieran perjudicados en sus legítimas, pues regulándose estas segun el derecho civil confirmado por el real, por el valor que tenian los bienes del testador al tiempo de su muerte, se seguiria que si la mejora del tercio se graduase por lo que valian los bienes al tiempo que se hizo, y posteriormente viniesen á menos quedarian los hijos perjudicados en sus respectivas legítimas, disminuyéndose estas en la parte que debia disminuirse la mejora del tercio, si se hubiese regulado al mismo tiempo de la muerte, y asi dice Angulo *de melior.* ley 7.ª, glosa 2.ª, que de la regulacion de

la legítima depende la regulacion del tercio y quinto, y que no puede regularse bien uno sin otro si no se hace la regulacion de tercio, quinto y legítima á un mismo tiempo.

13 Esta doctrina es muy conforme á la disposicion de la ley 3.ª, tít. 11, partida 6.ª, la que ordena que al tiempo de la muerte se regule el valor de los bienes del testador á efecto de que el heredero pueda sacar la cuarta falcidia de las mandas que se hiciesen, y no pudiéndose dudar que la mejora de tercio y quinto deben reputarse por mandas, es claro que por dicha ley se ha de hacer su regulacion al tiempo de la muerte del testador. Estas son sus palabras: "la cuantía de los bienes del difunto debe ser catada ó asmada en el tiempo que el finó, porque segun lo que por estonce era debe el heredero sacar su parte." Aun está mas terminante en este punto la ley 1.ª, *eod. tít.* y partida, que dispone que si despues de hechas las mandas se disminuyesen los bienes del testador en tanto grado, que pagándolas enteramente el heredero no le quedaria su parte, puede este rebajar de cada una de las mandas á proporcion de su cantidad aquella porcion que le corresponda por su parte, y retenerla para sí, y si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del testador podrá retener no la cuarta falcidia, sino su parte legítima. Tanta era la claridad con que disponia nuestro derecho real que las mandas se regulasen por el valor que tenian los bienes del testador al tiempo de su muerte; y caso de que viniesen á menos dichos bienes se hiciese la correspondiente rebaja entre las mandas y la legítima, para que no hubiese el menor perjuicio; pero sin embargo ninguno de los comentadores que he tenido presentes citan estas leyes para el fin propuesto, lo que hace ver el descuido con que miran las leyes reales, aun cuando se proponen tratar de intento de sus disposiciones.

14 Podrá oponerse á la doctrina citada de las leyes de partida que estas deben regir cuando las mandas se han dejado por testamento, que es á las que con propiedad les corresponde este nombre, pero si la mejora de tercio y quinto se ha hecho por contrato ó donacion entre vivos, no deberá ser comprendida en la regla que establecen las leyes de partida, ni sacarse la cuarta falcidia, que solamente se debe de los legados, fideicomisos, donaciones *mortis causa*, y de las que se hacen entre vivos cuando se confirman por la muerte del donador, como lo afirma Gregorio Lopez en la ley 1.ª citada, glosa 4.ª.

15 Es cierto que la cuarta falcidia no se saca sino de las mandas que se han espresado; pero esto no impide que cuando las mandas no sean de la especie referida se haga al tiempo de la muerte del donador la regulacion de todos sus bienes para sacar la legítima de los hijos, pues espresamente dice la ley 3.ª, que segun los bienes que haya al tiempo de la muerte del que finó debe el heredero sacar su parte, y no tiene mas derecho el heredero estraño á sacar su cuarta falcidia de todos los bienes del testador, que él propio para sacar su legítima, y por eso despues de haber espresado la ley 1.ª los casos en que el heredero estraño saca su cuarta falcidia de las mandas, pasa á tratar del heredero legítimo, y dice que este debe sacar su legítima, de forma que de donde saca el heredero estraño su cuarta falcidia, quiere la ley que saque el propio su legítima, siendo tan privilegiado el derecho de la legítima en los herederos legítimos, que en los casos en que por ser las mandas privilegiadas no puede el heredero estraño sacar la cuarta falcidia saca el legítimo su porcion legítima, como claramente lo resuelve la ley 4.ª, *eod. tit.*, espresando "que no gela pueden embargar por tales mandas, como sobredichas son, nin por otra manera ninguna."

16 Por último se debe decir que la misma razon que tuvieron las leyes de partida para disponer que de las mandas sacase el heredero estraño la cuarta falcidia, y el propio su parte legítima al tiempo de la muerte del testador, tiene la presente ley 19 para señalar el tiempo de la muerte del testador para regular el valor del tercio; las leyes de partida tuvieron por fin el precaver no se perjudicase á los herederos en su parte legítima, con que este mismo fin es de presumir tuvo esta ley en su resolucion; y para que no se creyese que solo se atendia á lo que valian los bienes del testador al tiempo de su muerte en la manda ó mejora del tercio que se dejaba en testamento, igualó la mejora que se hacia en vida con la que era hecha por testamento, disponiendo que en una y otra se regulase su valor por la estimacion que

tenian los bienes del testador al tiempo de su muerte.

17 Que la presente ley tuvo por fundamento de su resolucion el que no se perjudicase á los hijos en sus legítimas lo manifiesta el esceptuar de la facultad que habia concedido á los padres de señalar en cosa cierta el tercio de mejora, solo en el caso de que la cosa señalada fuese de mayor valor que el tercio ó tercera parte de los bienes del testador, sin hacer mencion alguna del caso en que la cosa señalada no llegase á completar todo el valor de la tercera parte de los bienes.

18 Esta reflexion escita la duda de si cuando la cosa señalada en la mejora de tercio es de menor valor que el que corresponde á la tercera parte de todos los bienes del testador, deberá completarse en la parte que le falta, ó se entregará al mejorado solamente la cosa señalada.

19 Andres Angulo, *comentaria ad leges regias meliorationum* en la ley 7.ª, glosa 2.ª, número 4.º de la primera edicion, afirma que la mejora ó donacion de cosa determinada se refiere al tiempo de la muerte del testador, no para que se aumente y crezca si los bienes se han aumentado, sino para que se disminuya la donacion si los bienes se han disminuido, á diferencia de la donacion ó mejora que se hace de cantidad ó cuota, como de tercio ó quinto, la cual se refiere al tiempo de la muerte para que se aumente ó disminuya á proporcion del aumento ó disminucion que hayan sufrido los bienes del testador.

20 La razon de esta diferencia á mi parecer es fundada, porque el que hace una donacion ó mejora es libre de hacerla de la cosa ó cantidad que le parezca, como no esceda la cuota que permite la ley; con que el que hace una donacion de cosa señalada es visto quiso que esta, y no otra ni mas, se entregase al donatario, y de consiguiente si la cosa donada no llega al tercio ni á la mitad del valor de dicho tercio regulado á la muerte del testador, no deberá aumentarse la espresada donacion hasta completar la tercera parte de los bienes.

21 El silencio que guarda la presente ley en este caso, junto con la espresa prohicion de que subsista la mejora de tercio hecha en cosa cierta, si esta escede del valor de la tercera parte de los bienes del testador al tiempo de su muerte, suministra una prueba clara de la doctrina de Angulo, y á la verdad que siendo libre cualquiera de mejorar á otro en el tercio sin hacer lo mismo en el quinto, ó al contrario, no parece puede ofrecerse la menor duda tendrá igual facultad de hacer la mejora de cualquiera parte de dichas cantidades; pues la cuota que señalan las leyes del tercio y quinto de mejora no es para que todas las que se hagan lleguen á dichas cantidades, sino para que no escedan de ellas.

22 Sin embargo de lo espuesto es menester advertir que si se hace la mejora de tercio ó quinto, y para su pago se señala cosa determinada, no regirá la regla espresada, sino que se aumentará ó disminuirá dicha mejora á proporcion de la disminucion ó aumento que tengan los bienes del testador al tiempo de su muerte, y es la razon porque esta no es mejora de cosa cierta, sino de cuota ó cantidad, y la asignacion de la cosa no es substancial á esta mejora, sino una manifestacion de la cosa en que se ha de ejecutar. Véase á Angulo en la ley 1.ª, glosa 7.ª, número 4.º y 5.º, donde propone esta doctrina, aplicándola á la revocacion de la mejora. La citada duda propuesta arriba se ha de entender del caso de que la mejora es de cosa cierta en razon de tercio y quinto, y la cosa es de menor valor que la cuota de tercio y quinto, en cuyo caso se duda si se ha de suplir de los otros bienes del testador lo que falta á completar el valor del tercio y quinto. Angulo en la ley 4.ª, glosa 4.ª, número 5.º de la segunda edicion, supone que sí se ha de suplir, pero no da razon alguna, aunque en realidad la hay, si se atiende á las palabras del testador, pues diciendo este que lega la cosa en razon de tercio y quinto, es claro quiso se supliese de los demas bienes lo que faltaba á completar la cuota indicada, pues de lo contrario habria de decirse era ociosa é inútil la espresion de la cuota.

23 La duda que suscita Gomez en el número 14 de la ley 17, en el caso de que el legado sea de cuota con asignacion de cosa cierta, aun tiene menos dificultad, pues legándose directamente la cuota, y designándose la cosa para su pago, debe decirse que aun cuando sea de menos valor la cosa señalada, ó se disminuya ó perezca del todo, se debe íntegramente el legado, porque la asignacion no inmuta ni altera

la naturaleza del legado de cuota.

24 Señala esta ley el tiempo de la muerte del testador para estimar y apreciar el verdadero valor de la tercera parte de los bienes del testador, de forma que si al tiempo de la muerte habia mas bienes que cuando se hizo la mejora, debe esta aumentarse á proporcion del aumento que hayan tenido los bienes, ó disminuirse con el mismo respecto si los bienes han ido á menos, y en esta parte dice Palacios Ruvios, número 6.º, que la presente ley es declaratoria de la 9.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del fuero real, y de la 213 de estilo, las que nada disponian acerca del tiempo en que debian estimarse los bienes, y asi quedaba en duda si habia de hacerse esta regulacion al tiempo del testamento, del contrato, donacion ó muerte del testador.

25 Antes de tratar de la tercera parte de la ley, me ha parecido advertir de paso un escrúpulo ó duda que pudiera obscurecer la doctrina que acabo de referir y proponer. Cuando trata la ley de conceder la facultad de señalar en cosa cierta la mejora habla espresamente de la del tercio y del quinto, y cuando en la segunda parte fija el tiempo en que se ha de apreciar el valor de la cosa en que se señaló la mejora, hace mencion únicamente del tercio, sin espresar nada acerca del quinto; de cuyo silencio parece inferirse que para la estimacion del valor de este no quiso que rigiese la regla que habia dado para el del tercio. Aumenta mucho esta presuncion la ley 23, cuya disposicion únicamente se dirige á señalar el valor de la mejora del tercio con arreglo á lo que valian los bienes del que la hizo al tiempo de su muerte.

26 Sin embargo de esta dificultad, al parecer harto fundada, se debe decir que tanto en el quinto como en el tercio se ha de atender á lo que valian los bienes del testador al tiempo de su muerte para su regulacion.

27 Es innegable que asi la ley 19 como la 23 no se esplican con la claridad que convendria en este punto, y que la precision y limitacion con que hablan del tercio hace creer no querian se entendiese su disposicion acerca del quinto; y si por fortuna no tuviéramos la ley 29 para aclarar esta duda, con dificultad se podria desvanecer.

28 Dispone dicha ley que la dote y donacion *propter nuptias* sean tenidas por inoficiosas siempre que escedan de la legítima y tercio y quinto de mejora; y pasando á señalar el tiempo en que se ha de hacer la regulacion dice, limitandose á la dote, que esta deberá regularse por el valor que tenian los bienes del que la constituyó al tiempo que la mandó, ó al de su muerte, como eligiere aquel á quien se constituyó ó mandó.

29 Bastaba la limitacion con que habla la ley del tiempo en que debe hacerse la regulacion de la dote para que pudiera inferirse no queria se observase la misma regla en la donacion *propter nuptias*; pero sin embargo quiso espresamente declararlo, y ordena que en las otras donaciones que se hagan á los hijos se atienda á lo que valian los bienes del padre al tiempo de su muerte, para tenerlas ó no por inoficiosas. No se puede negar que en estas palabras de la ley, *otras donaciones que se hicieren á los hijos*, estan comprendidas las donaciones *propter nuptias*. Estas no se tienen por inoficiosas, segun la misma ley, si no esceden de la legítima y tercio y quinto de mejora; con que disponiendo la ley que se haga la regulacion de ellas por lo que valian los bienes del padre al tiempo de su muerte, se infiere clara y necesariamente que la mejora del quinto se debe regular por el valor que tenian los bienes del que la hizo al tiempo de su muerte.

30 No se diga que hablando la ley 29 de la mejora del quinto que hacen los padres á sus hijos no debe estenderse su resolucion á la que se hace á los estraños, y de consiguiente no deberá regularse por el valor que tenian los bienes al tiempo de la muerte, porque si la mejora de quinto que hace el padre á su hijo se regula por la estimacion que tenian los bienes al tiempo de la muerte del padre, con mayor razon debe regularse la que se hace á un estraño con consideracion al mismo tiempo, pues de otro modo se seguiria que los estraños eran preferidos á los hijos, ó de mejor condicion que ellos, lo que no es de creer.

31 La tercera parte de la ley prohibe que el testador pueda conceder la facultad de señalar el tercio y quinto de mejora en cosa cierta á persona alguna. Tello y Matienzo al número final de esta ley pretenden que lo que por ella se prohibe es la comision general, pero no la especial, y se refieren á la esposicion de la ley 31, que es la 5.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopila-

cion, y en la glosa 8.ª, número 1.º, entiende Matienzo por comision especial la que da el testador espresando aquello para que la da, dejando al arbitrio del comisario la eleccion, como por ejemplo, da la comision para desheredar ó mejorar alguno de sus hijos, sin espresar cuál haya de ser. Tello en el número 1.º llama comision especial cuando se especifica en la comision *ad quid datur*, sin que sea necesario señalar *ni ad quem, vel de quo debeat fieri*, y en el número 2.º, aclarando mas esta distincion, dice que siempre que no se comete al comisario la substancia de la disposicion, sino la ejecucion, esto es, la eleccion ó nombramiento, es comision especial. Esto supuesto, y reservándome tratar de la esposicion de la ley 31 en su lugar, digo que el testador no puede cometer general ni especialmente á persona alguna la facultad de señalar en cosa cierta el tercio ó quinto de mejora en el sentido de la ley.

32 Tambien se persuade la arbitrariedad de la distincion hasta el último convencimiento con las mismas palabras de la ley: mandamos, dice, que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio y quinto, como dicho es, que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna. Pregunto ahora: ¿ó se prohibe por estas palabras la facultad de dar comision general, ó la especial? Si se responde lo primero será necesario decir que la comision para una cosa determinada y específica, cual es el señalar el tercio y quinto de mejora en cosa cierta, es general y no especial, lo cual encierra en sí una manifiesta contradiccion, cual es que sea general la comision, y que se dirija á una cosa específica y determinada, á la manera que si dijera que la comision que puede dar el testador en virtud de la ley 31 para mejorar á uno de los hijos era general y no especial, pues la generalidad comprende en sí diversas especies. Es pues innegable que la ley no prohibe la comision general. Resta solo que la ley prohiba la comision especial, como es forzoso confesar. Prohibiendo pues la ley la comision especial, no parece queda arbitrio para afirmar que puede el testador dar comision especial para señalar en cosa cierta el tercio y quinto de mejora, á no ser en el sentido de que habla la ley.

33 Mas claro; ó la facultad de que habla la ley es especial, ó general; si se dice lo primero, es necesario confesar que esta facultad especial es la que prohibe que se pueda dar; si lo segundo, se incurre en el absurdo y contradiccion de llamar facultad general la que se da para hacer una cosa determinada y específica.

34 Aun es mas patente la contradiccion en que incurre Tello, quien despues de haber sentado qué comision especial es cuando en ella se especifica el fin para que se da, pretende que la comision que prohibe la ley de señalar el tercio y quinto en cosa cierta es general y no especial, como si en ella no se señalase el fin para que se daba.

35 Angulo en la glosa 4.ª de esta ley, número 1.º, reconoce que no se puede comprender que la disposicion de la ley habla de la comision general, sino de la especial, por lo que le parece voluntaria su disposicion; pero sin embargo dice que se ha de sostener la distincion de los espositores infiriendo de la ley 31 que si por ella se puede dar comision espresa para mejorar, en que se versa mayor perjuicio de los hijos, con mas razon se podrá dar comision espresa para asignar la mejora en cosa cierta; pero en esto comete otro error, si entiende que por la ley 31 puede cometer el testador la facultad de mejorar ó no mejorar, esto es, la substancia de la disposicion al arbitrio del comisario, como se manifestará en la esposicion de dicha ley 31.

36 Acevedo en el número 32 aun se confunde mas, pues admitiendo la distincion de comision general ó especial, que proponen Gomez, Tello y Matienzo, dice, que si el testador mejora á uno ó dos de sus hijos en el tercio ó en el quinto, y ordena que en tal cosa señale la mejora el comisario, que será válida la comision segun la opinion de dichos autores, que nada han dicho menos que lo que se les atribuye, pues si el testador señala la cosa en que se ha de hacer la mejora, implica que le dé comision al comisario para hacerla.

37 Se hace aun mas demostrable la fuerza de este argumento deteniéndose á examinar el medio de que deberia usar el testador para dar la comision especial de señalar en cosa cierta el tercio y quinto de mejora. Por mas que se atormente el ingenio, no se hallará un modo mas claro y espresivo de esplicar la comision que el que usa la misma ley, y si este es general cuando ella lo prohibe, ¿por qué razon se

ha de tener por especial cuando lo concede el testador? ó al contrario, si cuando lo concede el testador es especial, ¿por qué ha de ser general porque la prohibe la ley?

38 Desechada como absurda é infundada la distincion ó esposicion de los comentadores, paso á manifestar el verdadero y genuino sentido de la ley.

39 Francisco Carpio en el lib. 2.º, C. 18, número 4.º, *de executoribus et comisariis*, despues de haber manifestado que la misma nazon milita en la comision que se da para mejorar á uno de los hijos ó nietos segun la ley 31, que en la que se confiere para señalar la cosa en que se ha de hacer la mejora, porque asi como en la primera la substancia de la disposicion es del testador, y la eleccion ó declaracion del comisario, para elegir una persona incierta de ciertas ó entre ciertas, del mismo modo en la comision para hacer la asignacion de la cosa, la mejora, que es la substancia de la disposicion, es peculiar del testador, y la eleccion de una cosa incierta de ciertas, que es una cualidad accesoria, corresponde al comisario.

40 Pasa en el número 13 á esponer qué es lo que prohibe la ley al testador que pueda cometer al comisario, y dice que es y se ha de entender prohibida la facultad de elegir la cosa en que se ha de hacer la mejora cuando va acompañada de la facultad de hacer ó no hacer dicha mejora, de modo que la substancia de la disposicion, que es de hacer ó no la mejora, se comete á la disposicion del comisario.

41 Para manifestar que esta disposicion no es arbitraria ó voluntaria, sino conforme á las palabras y sentido de la ley, observa que esta cuando manda que la facultad de poder señalar el tercio y quinto no la pueda el testador cometer á persona alguna, añade, *como dicho es*, cuya espresion hace referencia á lo que antes se habia dicho hablando de la potestad que tenia el padre de señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio ó quinto de mejora; es asi que en esta potestad se incluía, no solo el señalamiento de la parte de hacienda en que se habia de verificar la mejora, sino tambien la constitucion de ella; con que es claro que refiriéndose las últimas palabras de la ley á las primeras, deben entenderse en el mismo sentido que ellas, que hablan de la substancia de la disposicion ó mejora hecha por el padre, y lo mismo repite en el libro 4.º, cap. 4.º, número 10 y siguientes.

42 Esta esposicion de Carpio no solo es arreglada y conforme á las palabras y sentido de la ley 19, sino que tiene la mayor conformidad con la disposicion de la ley 31, y le da particular claridad para su verdadera inteligencia.

43 Siguiendo la misma esposicion de Carpio voy á manifestar su solidez dándole alguna mayor claridad. Ha hecho ver Carpio que las últimas palabras de la ley con motivo de la referencia que en ellas se hace á las primeras, se han de entender en el mismo sentido que ellas, con que resta examinar el concepto de las primeras, y seguramente es tan obvio y manifiesto que ninguna otra cosa puede denotarse sino que el padre puede mejorar en vida ó muerte á cualquiera de sus hijos, señalándole la cosa en que haya de recibir la mejora, por lo que se ve que no solo se trata ó habla del señalamiento de la cosa, sino de la mejora ó prelegado hecho al hijo; y como en esta disposicion, no solo se comprende el señalamiento de la cosa, sino la mejora misma, que como perteneciente á la substancia de la disposicion no se podia cometer á voluntad de otro, era consiguiente prohibiese la ley se confiriese al arbitrio del comisario.

44 Un ejemplo aclarará esta verdad. Supongamos que digese la ley que el padre podia mejorar á cualquiera de los hijos que le pareciere, pero que esta potestad no la podia cometer á otro, en tal caso era fuera de toda duda que la prohibicion sólo recaía sobre la facultad de mejorar, pero no respecto á la facultad de elegir el hijo que habia de ser mejorado, porque esta facultad se le concede por la ley 31; pues lo mismo sucede en el caso de la ley, que hablando al principio de la mejora y asignacion conjuntamente en las últimas palabras, refiriéndose á las primeras ó al caso espresado en ellas, con razon niega al padre la facultad de poder cometer al comisario la mejora y su asignacion, lo que no hubiera hecho si solo hablase de esta última por la razon que indicó Carpio, de que siendo permitido al padre conceder facultad al comisario para que elija el hijo que ha de recibir la mejora, con mayor razon le habia de ser permitido dar facultad para señalar los bienes de que se habia de formar.

45 Aun se prueba por otro medio la

solidez de la esposicion de Carpio: la ley dice que puedan los padres en vida ó en muerte señalar en cierta cosa el tercio y quinto de mejora: ó esta mejora estaba ya hecha antes del señalamiento, ó se haya hecha antes del señalamiento, ó se hacia al mismo tiempo y en un acto continuado; lo primero no se puede decir, porque ni la ley lo espresa, ni se infiere de sus palabras, con que es forzoso confesar que la mejora y el señalamiento se hacian á un mismo tiempo, y asi es harto claro y convincente que la esposicion de Carpio no es voluntaria, sino arreglada y conforme á la misma ley, pues refiriéndose las últimas palabras al caso de que se habia hablado en las primeras, comprendiendo este juntamente la mejora y el señalamiento de la cosa en que se habia de verificar, era consiguiente á las disposiciones de derecho que no pudiese el padre dar comision á un tercero para que hiciese la mejora y el señalamiento.

46 Por último, Palacios Ruvios, que asistió á la formacion de esta ley de Toro, como á las demas, despues de admitir la absurda é implicatoria distincion que queda rebatida, de la comision general y especial, afirma que es una cosa llana, y no ofrece la menor duda; para que se vea la desconfianza con que deben leerse los comentadores, aun aquellos que son tenidos por de respetable autoridad.

Ley XX de Toro; es la 4.ª, tit. 6.º, lib. 5º de la Recopilacion.

Los hijos ó nietos del testador no puedan decir que quieren pagar en dinero el valor del tercio, ni del quinto de mejoría, que el testador oviere fecho á alguno de sus fijos ó nietos, ó cuando mejorare en el quinto á otra persona alguna, sino que en las cosas que el testador oviere señalado la dicha mejoría del tercio é quinto; ó cuando no lo señaló en la parte de la hacienda que el testador dejare, sean obligados los herederos á gelo dar, salvo si la hacienda del testador fuere de tal calidad que no se pueda convenieblemente devidir; que en este caso mandamos que puedan dar los herederos del testador al dicho mejorado ó mejorados el valor del dicho tercio é quinto en dineros.

COMENTARIO

á la Ley 20 de Toro.

1 Dispone la presente ley que los hijos ó nietos del testador no puedan pretender pagar en dinero la mejora de tercio y quinto hecha á los hijos ó nietos, ó á algun estraño, sino que la deban dar en la cosa que haya señalado, ó en la parte de hacienda que hubiere dejado el testador, á no ser que la hacienda sea de tal calidad que no pueda cómodamente dividirse, que en tal caso pueden los herederos dar en dinero á los mejorados el valor de las mejoras.

2 No estando de acuerdo los jurisconsultos acerca de lo que debia practicarse cuando el testador legaba una parte de sus bienes, pues Sabino y Casio opinaban que cumplia el heredero dando la estimacion del legado, y Próculo y Nerva al contrario, sostienen que en dicho legado se entendian legadas las partes de los bienes del testador, por la ley 26, ff. *de legatis* 1, §. 2.º, se decidió quedase al arbitrio y voluntad del heredero el dar la estimacion del legado ó parte de los bienes del testador, con tal que los bienes pudieran recibir cómoda division, pues siendo indivisibles por su naturaleza, ó no pudiendo dividirse sin daño y menoscabo, está precisado el heredero á entregar la estimacion del legado. Tambien se dispuso por la ley siguiente 27 que pudiese el heredero satisfacer el legado dando algunas cosas de los bienes del testador, ó solamente una, conviniéndose el legatario, ó decretándolo el juez, sin que fuese preciso que en cada cosa tuviese que pedir y percibir su parte el legatario.

3 Tres son los casos sobre que recae la disposicion de las dos citadas leyes del derecho civil, á saber, cuando los bienes que dejó el testador eran de tal naturaleza que cómodamente se podian dividir, y entonces quedaba al arbitrio ó libre voluntad del heredero satisfacer el legado en bienes de herencia, ó dando su estimacion: segundo: cuando los bienes eran por su condicion indivisibles, como siervos, animales, ó no podian dividirse cómodamente sin conocido perjuicio y menoscabo, como edificios y alhajas, y para este caso quiere la ley que pueda el heredero dar la estimacion del legado, lo que debe entenderse

con la limitacion que se dirá despues; y el tercero y último, que cuando cómodamente pueden dividirse los bienes se pueda satisfacer el legado en una ó varias partes de los bienes del testador, conviniéndose en ello el legatario, y en caso de desavenencia, por decreto del juez.

4 No pareciendo justa y conforme la libertad que concedia el derecho civil al heredero para satisfacer el legado en bienes de la herencia, ó dando su estimacion ó valor, á causa de que siendo la obligacion de pagar en los bienes de la herencia, como lo manifiestan las mismas palabras del testador, legando una parte de sus bienes, no parecia consiguiente que la solucion y cumplimiento de esta obligacion se hiciese en dinero ó estimacion, sino en los mismos bienes hereditarios, lo que se comprueba con la máxima que establece el mismo derecho civil en la ley 2.ª, §. 1.º C. *si certum pet.*, de que no se pueda pagar una cosa por otra, por lo que no dudó afirmar Angulo en la presente ley, glosa 3.ª, número 3.º, que el legado por su naturaleza comprende cada una de las partes de los bienes del testador, y por lo tanto cuando se lega una parte de los bienes, la satisfaccion se ha de hacer en los mismos, pues de lo contrario la satisfaccion ó solucion no será conforme á la obligacion, dispusieron nuestros legisladores que el legado ó mejora de tercio y quinto precisamente lo hubiera de satisfacer el heredero en bienes de la herencia, ya sea que el testador hubiese señalado cosa cierta y determinada para pago ó no, y que solo en el caso de que los bienes no puedan cómodamente dividirse tendrá facultad el heredero para dar la estimacion del legado.

5 Por esta disposicion de la presente ley se convence, se corrigió y derogó la libertad que concedia el derecho civil al heredero de satisfacer el legado en bienes de la herencia, ó en dinero, y confirmó y aprobó la decision del mismo derecho civil en la parte que disponia que cuando los bienes eran indivisibles, ó de tal condicion que no pudiesen sin perjuicio dividirse, pudiese el heredero satisfacer en dinero la estimacion ó valor del legado.

6 En la parte que disponia el derecho civil que pudiese el heredero en uno ó mas bienes de la herencia satisfacer el legado, consintiéndolo el legatorio, ó mandándolo el juez, nada alteró ni innovó la ley de Toro, como observa Angulo en dicha ley, glosa 3.ª, número 6.º; pero bien mirado, en realidad derogó la ley de Toro la facultad ó libertad de que gozaba el heredero en virtud de la ley 27 citada, de pagar el legado en una ó mas partes de los bienes hereditarios con consentimiento del legatario ó decreto del juez, pues si era libre al heredero el satisfacer en estos bienes, es claro que tambien le era permitido pagar el valor ó estimacion del legado, y en cuanto á esta libertad revocó la ley de Toro la disposicion de la 27 espresada; y asi afirma el mismo Angulo en el lugar citado que se corrigió por la ley de Toro la decision de la 27 en cuanto á que la solucion ó paga que se hacia por esta era alternativa y voluntaria, habiendo quedado ahora precisa y de obligacion.

7 Aunque propiamente no corresponde al comentario ó esposicion de esta ley tratar del modo y forma con que se ha de satisfacer el legado, lo que propiamente pertenece al juicio de division de bienes comunes, ó de la herencia, de que latamente ha tratado Ayora en la parte 1.ª, cap. 1.º de su obra de Particiones, bastando únicamente saber para la cabal inteligencia de la ley en esta parte que siempre que los bienes de la herencia sean divisibles se debe entregar al legatario una ó mas partes de ellos, diré de paso que los bienes pueden ser indivisibles cada uno de por sí, ó en general toda la herencia.

8 En el primer caso deberá satisfacer el heredero el legado en uno ó mas cuerpos hereditarios, conviniéndose el legatario en los que han de ser en especie, y estando discordes, el juez interpondrá su autoridad para señalar los que hayan de ser, como espresamente se dispone en la precitada ley 27, y es conforme á lo que el Emperador Justiniano ordenó en los §§. 4.º y 5.º *Institutionum de officio judicis*, que tratan de los juicios de division de herencia, y de una cosa comun, y lo mismo se dispone por la ley 10, tít. 15, partida 6.ª

9 En el segundo caso se puede satisfacer el legado en dinero ó en bienes hereditarios, como se colige de las palabras de que usa la ley, á saber: *que puedan dar en dinero el valor del legado*, las que indican conceden eleccion al heredero para entregar el valor del legado ó asignar una parte de los bienes hereditarios para su pago, segun Gomez, número 3.º, Tello, núme-

ro 7.º, y el mismo Angulo, glosa 3.ª, número 7.º, sin que por esta asignacion en una parte de bienes indivisibles se le prive al legatario usar de la accion *communi dividendo*, para que ó se venda la cosa ó se adjudique en todo á una de las partes con obligacion de satisfacer á la otra el tanto correspondiente, ó echando suerte entre los interesados, como opina Ayora en la parte 1.ª, cap. 1.º, número 12, alegando á mas de las leyes civiles la citada de partida y la 2.ª, tít. 4.º, lib. 3.º del fuero real.

10 Por igual razon debe decirse que cuando el testador espresamente ordena que el legado se satisfaga en dineros, estará obligado el heredero á cumplir su disposicion, porque la voluntad de los testadores es el todo en los testamentos, y la regla que ha de regir para la ejecucion, como sabiamente lo resuelve el señor Castillo en este punto en el cap. 24 del lib. 2.º de sus controversias.

11 Dudan los espositores si en virtud de la disposicion de esta ley estarán los herederos estraños á satisfacer el legado al legatario en los bienes heritarios, asi como los legítimos tienen precision de hacerlo en los estraños.

12 Antonio Gomez se propuso esta duda en el tomo 1.º de sus varias resoluciones, cap. 12, número 21 *de legatis*, y la resolvió afirmando que tanto en un caso como en el otro debia satisfacerse el legado en los bienes de la herencia. Funda su opinion entre otras razones en la de que si cuando los hijos y descendientes son herederos, el legatario estraño tiene derecho á percibir el legado en los bienes hereditarios, con mayor razon deberá decirse lo mismo cuando no los hijos, sino los estraños, son instituidos herederos. Por último, advierte que el hacer espresion la ley de la quinta parte y no de otra, es porque cuando son instituidos por herederos los hijos ó descendientes, no puede el padre disponer de mas del quinto entre los estraños.

13 Sin embargo de la solidez de la resolucion de Gomez, Tello en el número 4.º suscita la misma duda, y despues de referir los fundamentos de Gomez, afirma en el número 6.º que la opinion de Gomez es dudosa, fundándose en que la ley de Toro solo dispone en el caso de que los hijos ó nietos del testador son herederos, y de consiguiente nada dispone para cuando son instituidos herederos los estraños, y como es correctoria del derecho comun, no se debe estender su disposicion de un caso á otro, aunque haya identidad de razon, y por lo tanto dice que es mas segura esta opinion; pero Angulo, en la glosa 3.ª, número 10, sostiene y defiende la opinion de Gomez, valiéndose de sus mismas razones de que siendo igual la disposicion de la ley antigua en el caso de que los herederos sean estraños, que cuando son legítimos, por mediar la misma razon, como se manifiesta en la ley 26, §. 1.º, ff. *de legatis*, y en la siguiente, siempre que por la ley nueva se disponga en un caso, debe de consiguiente estenderse al otro su disposicion; es asi que por la presente ley se quitó al heredero la facultad de satisfacer el legado en dinero ó estimacion, que le competia por la ley antigua, aunque los herederos fueran estraños; luego la presente ley, que no solo quitó á los herederos legítimos aquella facultad, sino que á mas dispuso que aun cuando el quinto se deje á un estraño deban satisfacerlo en bienes de la herencia, si cómodamente se pueden dividir, con mayor razon deberá decirse, dispuso ó quiso se observase lo mismo cuando los herederos eran estraños, pues compeliéndose á los herederos legítimos á satisfacer al legatario estraño el legado en bienes de la herencia, se haria bien reparable no impusiese la misma obligacion á los herederos estraños, los que de lo contrario serian en esta parte de mejor condicion que los legítimos. A esto se aumenta que la razon por qué la ley de Toro corrige la disposicion del derecho comun no es ni consiste en que los hijos ó nietos estuvieran gravados de entregar el legado, sino en que el legado era de una parte de los bienes, cuyo legado por su naturaleza, no solo se refiere á los bienes hereditarios en general, sino á cada uno en particular; por lo que no estimó justo la ley real permitir que se subrogase la estimacion del legado en lugar de los bienes hereditarios contra la regla que establece que no se satisfaga una cosa por otra, y verificándose esta razon igualmente cuando los herederos son estraños que cuando son hijos, no era consiguiente que la disposicion tomada para con los hijos no se observase con los estraños, cuando la obligacion de satisfacer los legados en bienes de la herencia, por lo comun y generalmente, es perjudicial á los herederos y favorable á los legatarios, como juiciosamen-

te lo observa Angulo en el lugar citado.

14 Tambien advierte el referido autor que Tello no refiere bien la opinion de Gomez, el cual pone la duda en el legado de cuota de bienes, y Tello habla del prelegado, en el que no puede tener lugar la duda suscitada, ni sostenerse la opinion de Tello, pues tanto en el prelegado dejado á los herederos estraños como á los legítimos, la decision de la ley de Toro no discrepa de la del derecho comun, como se hará ver en la resolucion de la duda siguiente.

15 Examinan los espositores en el comentario á esta ley si en la entrega ó adquisicion que ha de hacer el legatario de los bienes de la herencia deben comprenderse los frutos producidos, y desde qué tiempo.

16 Para proceder con la debida claridad en una materia por sí dificil, y obscura por la variedad de especies que comprende, y por la falta de órden y exactitud con que la han tratado los autores, se hace indispensable advertir la diferencia que media entre legado y prelegado: legado es aquella manda que se deja á cualquiera persona ó cuerpo que no es instituido por heredero, y al contrario el prelegado es la manda que se hace á uno de los herederos, bien sean legítimos ó estraños, segun el unánime consentimiento de los autores en esta materia, como se puede ver en Angulo en la glosa 1.ª á esta ley.

17 Tanto el legado como el prelegado se divide en específico y genérico: específico es el que se hace de cosa cierta y determinada, como tal casa, tal campo, tal caballo ó siervo &c.; y genérico es el que es de cosas que constan de número, peso, ó medida, como dinero, trigo, vino ó aceite, ó es de cosas que aunque sean específicas no se señalan por la espresion con que han sido mandadas, como por ejemplo, un siervo ó un caballo: tambien es legado genérico el que se hace con espresion de parte cierta de bienes ó herencia en bienes inciertos é indeterminados, que comunmente se llama de cuota, como la tercera ó quinta parte de los bienes.

18 Como la diferencia que media entre el legado y prelegado no se toma de la cosa que se deja ó manda, sino de la persona á quien se hace, segun queda manifestado, es claro que la decision de la presente ley, que trata de cuando el legado se deja á los propios ó estraños, comprende igualmente al legado que al prelegado, como observa Angulo en la glosa 3.ª, número 5.º

19 Es fuera de toda duda que por el legado de cosa cierta y determinada siendo propia del testador se transfiere el dominio de ella al legatario, via recta, desde el testador, segun la ley 64, ff. *de furtis*, y la 80, *de legatis* 2.º, en las que espresamente se ordena que la cosa legada directamente pasa desde el que la legó al legatario, de forma que segun la ley 80, no repudiando el legatario el legado, el dominio que fue de la herencia, pasa, via recta, al legatario sin haber entrado en el heredero.

20 El pasar el dominio de la cosa legada directamente al legatorio sin hacer tránsito en el heredero, ha hecho decir comunmente á los espositores del derecho que el dominio de la cosa legada pasaba al legatorio desde la muerte del testador, como entre otros lo afirma Gomez en el lib. 1.º, cap. 12, números 5.º y 7.º de sus varias, y tambien afirma lo mismo el erudito y culto Heineccio en los elementos del derecho civil, lib. 2.º, tít. 20, §. 606, de las instituciones, y en igual lugar en las recitaciones; pero hablando con la exactitud que exige la materia, aunque es cierto que el dominio del legado se transfiere directamente al legatario sin pasar por el heredero, como espresamente lo resuelven las citadas leyes y otras comprobantes, no lo es que este tránsito lo haga desde la muerte del testador.

21 Cuando muere este espira tambien el dominio que le pertenecia, como incapaz de conservarse en un muerto: el heredero no es dueño de la herencia, ni tiene su dominio hasta que haya intervenido la adicion, segun la ley 37, ff. *de adquirenda hereditate*, y el §. 5.º, *institutionum de hered. qualit. et diferentia*, y por lo tanto en el ínterin media tiempo de la muerte del testador y la adicion, la herencia se dice que no es de nadie; ley ff. *de rerum divisione*; pero sin embargo se finje que la herencia hace las veces del difunto, y que este tiene aun el dominio de las cosas hereditarias, no teniéndolo en realidad, como espresamente se manifiesta en el título *de stipulationibus servorum institutionum* al principio, afirmando que la herencia en muchos casos representa la persona del difunto, se resuelve, que lo que estipula el siervo he-

reditario antes de que se admita la herencia lo adquiere para esta, y despues se hace del heredero que la acepte, y lo mismo se espresa en el §. 2.º, *institutionum, de heredibus instituendis*, y lo comprueba Vinio con otras muchas leyes en su comentario á dicho §.

22 Si pues el heredero no adquiere el dominio de las cosas hereditarias hasta haber aceptado la herencia, y esta en el tiempo que medió entre la muerte del testador y la adicion conservó en sí el dominio de la cosa legada, se sigue por una consecuencia necesaria que el legatario no adquirió el dominio del legado desde el punto de la muerte del testador.

23 Que la herencia yaciente ó antes de ser aceptada conserve en sí el dominio de la cosa legada lo declara espresamente la ley 86, ff. *de legatis* 1.º, §. 2.º, la 44, §. 1.º, y la 32, ff. *de legatis* 2.º, en la que se establece por regla que todas las cosas que se disponen en el testamento sin señalamiento de dia ni condicion se deben desde el dia que se admitió la herencia, de todo lo cual se viene en un claro convencimiento de que cuando en la ley 64, ff. *de furtis*, y en la 80, ff. *de legatis* 2.º, se dice que el dominio de la cosa legada pasa via recta al legatario, no se ha de entender que este tránsito se haga desde la muerte del testador, sino desde que se aceptó la herencia, en cuyo caso pasa el dominio de la cosa legada, que era hasta entonces de la herencia, directamente al legatario sin haber sido jamás del heredero, y para esto ha de preceder la aceptacion del legatario, por la cual se entiende que pasó á él el dominio de la cosa legada desde que el heredero aceptó la herencia, ley 44, §. 1.º, y 86, §. 2.º, ff. *de legatis* 1.º, de forma que si el legatario repudia el legado se entiende que jamás lo ha adquirido, y si lo admite se supone que ha sido suyo desde que el heredero aceptó la herencia.

24 Acaso se dirá que asi como por la adicion de la herencia adquiere el heredero no solo el dominio de ella, sino que tambien se retrotrae el tiempo de la adicion al de la muerte del testador para considerarse señor de la herencia desde que falleció el testador, ley 54, ff. *de adquirenda hereditate*, del mismo modo aunque el legatario no adquiera el dominio del legado hasta que el heredero acepta la herencia, deberá tambien retrotraerse la adquisicion que hace el legatario del legado por medio de la adicion del heredero al tiempo de la muerte del testador, y asi se verificará que en virtud de esta retrotaccion el dominio del legado pasa via recta al legatario, no de la herencia yaciente, como se ha dicho, sino desde la muerte del testador; pero sin embargo debe decirse que la adquisicion que hace del legado el legatario por medio de la adicion de la herencia hecha por el heredero, no se retrotrae al tiempo de la muerte del testador, sino únicamente al tiempo de la adicion de la herencia, como espresamente se declara en la ley 44 y 86, ff. *de legatis* 1.º, espresándose en el §.º, 1.º de la primera que cuando el legatario no ha repudiado el legado se retrotrae al tiempo de la adicion de la herencia para reputarlo por suyo desde entonces, y en el §. 2.º de la 2.ª, suponiendo que la cosa legada es un siervo, se resuelve que tanto el siervo como lo que pertenezca á su persona está en suspenso hasta que el legatario repudie el legado, y entonces se considera como que nunca ha sido suyo, ó no lo repudia, y en tal caso se tendrá por suyo desde la adicion de la herencia, por cuya resolucion claramente se manifiesta que la no repulsa del legado no se retrotrae á la muerte del testador, sino al tiempo de la adicion de la herencia.

25 De aqui se ve cuán sin fundamento deduce Gomez de la decision de esta ley en el cap. 12 del lib. 1.º de sus varias, número 5.º, que los frutos producidos por la cosa legada, y percibidos por el heredero despues de la muerte del testador, aunque se hayan cogido antes de la adicion de la herencia, pertenecen al legatario, porque bien se hayan percibido antes ó despues de la adicion de la herencia, se retrotrae su adquisicion al tiempo de la muerte del testador, siendo asi que la ley espresamente ordena, como se ha notado, que no repudiando el legatario el legado se entiende que lo hace suyo desde que el heredero admitió la herencia, luego es enteramente falso y contrario á la decision de la ley que cuando por no repudiar el legatario el legado lo hace suyo por la adicion de la herencia, se entiende que ha adquirido el dominio desde la muerte del testador, como sabiamente lo afirma Cujacio en su docto comentario á la ley 80, ff. *de legatis* 2.º, del jurisconsulto Papiniano.

26 Esto no impide que ceda el legado, ó se deba, para poderla transmitir al

heredero del legatario desde el dia y punto de la muerte del testador, como se dispone en la ley 5.ª, ff. *de quando dies legati cedat*, y en la única C. *de caducis tutandis*, por lo que advierte Cujacio en el lugar citado, que sin embargo de que el dominio del legado no lo adquiere el legatario hasta que acepta la cosa legada, las acciones personales que provienen de los legados pasan á los legatarios, aunque se hallen ignorantes del legado, segun la ley 24, ff. *de obligationibus et actionibus*, y otras que cita, advirtiendo por último que lo que deja dicho de que pasa el dominio al legatario, via recta, desde la adicion de la herencia, solo tiene lugar cuando el testador dirige las palabras al legatario, diciendo te dejo tal cosa, ó tómatela, que se llama legado de vindicacion, del cual observa Cujacio que se ha de entender habla de la ley 80, ff. *de legatis* 2.º, pero no cuando las palabras se dirigen al heredero mandándole que entregue la cosa legada, lo que se llama legado de condena, pues entonces no adquiere el legatario el dominio por la adicion de la herencia y aceptacion del legado, sino por la entrega que hace el heredero de la cosa legada, y en tal caso no se retrae la adquisicion del dominio al tiempo de la adicion de la herencia, sino al en que se consideró moroso el heredero en la entrega, y de consiguiente en el tiempo intermedio entre la adicion de la herencia y la tradicion el dominio permanece en el heredero.

27 Hemos visto que por derecho civil el dominio del legado absoluto, y no condicional de cosa específica, aunque pasa directamente desde el testador, ó por mejor decir, de la herencia yaciente al legatario, no se verifica este tránsito hasta que el heredero acepta la herencia. Resta ahora examinar si por derecho real se observa la misma disposicion.

28 La ley 34, tít. 9.º, partida 6.ª, espresa y literalmente dispone, que desde la muerte del testador pasa el señorío de la cosa mandada á aquel á quien es hecha la manda. La decision es tan clara y terminante, que solo poniendo en duda la autoridad del legislador podrá negarse la resolucion, la que se vé corroborada con las escepciones que le da la siguiente ley 35, en la que despues de ratificar y confirmar la regla establecida en la ley precedente pasa á manifestar los casos que no estan comprendidos en ella, y los reduce á cuatro, en los que dice conviene que el heredero acepte la herencia antes que el señorío de la cosa legada pase al legatario, y son los siguientes; cuando se lega la libertad á un siervo del testador; cuando á este siervo á quien se dá la libertad se le lega alguna cosa; cuando se lega un siervo del testador á otra persona; cuando se lega el usufructo de alguna heredad ó casa. En todos estos casos dice la ley que conviene que el heredero acepte la herencia antes que el señorío de la cosa legada pase al legatario, luego en los demas legados no es necesario esperar á que el heredero acepte la herencia para que el dominio ó señorío de la cosa legada pase al legatario.

29 No se elude la clara decision de la ley 34 con la distincion de dominios que hacen los autores en la presente materia, á saber, ficto verdadero, revocable, y verdadero irrevocable; el primero dicen se adquiere antes de la aceptacion de la herencia, ó desde la muerte del testador; el segundo se necesita la aceptacion de la herencia, y antes de la del legatario, y el tercero se adquiere despues que el heredero ha aceptado la herencia y el legatario el legado, como se puede ver en Gregorio Lopez en la glosa 3.ª de la citada ley 34; pero esta distincion en nada perjudica á la decision de la ley de partida, porque cuando la ley dice que pasa el dominio de la cosa legada, pasa desde la muerte del testador, ó habla del dominio ficto ó del verdadero; si se dice lo primero, se infiere por una consecuencia necesaria, que en los casos esceptuados no se adquiere el dominio ficto hasta la aceptacion de la herencia, porque la escepcion ha de ser de la regla, segun toda buena lógica, pues de lo contrario se seguiria que en el legado que se hace de un siervo del testador, que es uno de los casos esceptuados de la regla, no adquiriria el legatario el dominio ficto hasta que el heredero hubiera aceptado la herencia, contra lo que afirman los autores de la distincion; si lo segundo se hace evidente que en los casos no esceptuados se transfiere el dominio de la cosa legada en el legatario desde la muerte del testador.

30 Podrá decirse que si fuera cierto que por las citadas leyes de partida se transferia el dominio del legado específico al legatario desde la muerte del testador, no dispondria espresa y literalmente la ley 37 del mismo título que los frutos del legado

los debe haber el legatario desde el dia que el heredero aceptase la herencia, pues si se hubiera transferido el dominio de la cosa legada desde la muerte del testador, era consiguiente que desde aquel punto pertenecerian al legatario los frutos del legado, por ser constante en el derecho, que el dominio trae consigo la pertenencia y percepcion de frutos, pues la cosa siempre produce para su dueño, y como por el dominio se hace de aquel á quien pertenece, á este y no á otro corresponde el percibir y hacer suyos los frutos. En comprobacion de esta verdad resuelve la ley 42, ff. *de usuf.* que los frutos del fideicomiso pertenecen al fideicomisario despues de haber adquirido el dominio.

31 El Paz en el cap. 8.º *de tenuta*, dando por cierto que el dominio del legado específico se transfiere en el legatario desde la muerte del testador, infiere como una consecuencia precisa que desde aquel tiempo hace suyos los frutos, y el señor Castillo, refiriéndose á esta doctrina del Paz en el lib. 5.º, cap. 135, número 34 y siguiente, afirma que sin percepcion de frutos no subsiste el dominio.

32 En satisfaccion de esta dificultad debe decirse que la resolucion de la ley 37 no es adaptable á todos los legados, como claramente se echa de ver en el legado de cuota de bienes, del que espresamente dispone la ley 23, ff. *de legatis* 1.º, que se restituia sin frutos, sino es que intervenga demora ó retardacion de parte del heredero, y lo mismo debe decirse de los legados dejados por condena, en los que el testador dirije sus palabras al heredero, y asi la disposicion de la ley de partida solo tendrá lugar en los legados genéricos ó de cantidad, en los cuales corresponderá al legatario los frutos desde la aceptacion de la herencia. Si pues la ley de partida no es aplicable á las disposiciones del derecho civil ¿por qué se ha de estrañar que la ley 34 establezca el tránsito del dominio del legado de cosa cierta desde la muerte del testador contra lo prevenido en el mismo derecho civil, sin que se entienda derogada esta disposicion por la ley 37, que deberá tener lugar en los legados de género ó cantidad?

33 Aun cuando pudiera dudarse de la resolucion de la ley 34 quedaba sobradamente comprobada esta opinion con la decision de la ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que espresamente ordena sea válido el testamento, y subsistan los legados aunque no haya institucion de heredero, ó este renuncie la herencia, de cuya resolucion infieren varios autores, aun de aquellos que sostienen que por la ley de partida no se alteró ó derogó lo dispuesto por el derecho civil, que el dominio de la cosa legada pasa al legatario desde la muerte del testador, y antes de la aceptacion de la herencia, como son Burgos de Paz en la primera parte de la ley 3.ª de Toro, número 935 y 36, de cuyo principio infiere en los números 943 y 44 que los frutos de la cosa legada pertenecen al legatario desde la muerte del testador, y repite lo mismo al número 951. Matienzo es del mismo dictámen en el Comentario á la espresada ley, glosa 14, número 23, y Angulo en esta ley de Toro, glosa 4.ª, número 3.º

34 Febrero en el lib. 2.º, cap. 6.º, §. 2.º, número 62 de los cinco juicios, afirma tambien que el dominio del legado de cosa específica se transfiere al legatario desde la muerte del testador, y se refieren á lo dispuesto en las leyes civiles que quedan arriba esplicadas, y á la 34 de partida, sin hacer mencion de la ley de la Recopilacion, y Gomez sin embargo de que en el número 5.º *de legatis* es de la misma opinion, y en el 7.º la repite, y por último en el número 22 espresamente decide que los frutos del legado de cosa específica se deben al legatario desde la muerte del testador, en ninguno de los tres lugares hace la mas mínima mencion de las citadas leyes de partida y de la Recopilacion.

35 Si el dominio del legado de cosa cierta se transfiere al legatario por nuestro derecho real desde la muerte del testador, como se ha probado, y de consiguiente hace suyos los frutos, con mayor razon debe decir lo mismo del prelegado de cosa cierta, porque no siendo el prelegado otra cosa que el legado que se hace al heredero, si en este no se transfiriera el dominio del prelegado de cosa cierta, se seguiria el absurdo de que el mero legatario seria de mejor condicion que el legatario heredero, y por otras razones que se indicarán despues tratando del prelegatario de cuota de bienes. De esta misma pariedad se vale Angulo en el número 3.º de la glosa 4.ª para afirmar que el dominio del prelegado de cosa cierta se transfiere en el legatario, y que hará suyos los frutos desde la muerte

del testador por la accion *familiæ erciscundæ*; pero para prueba de su asercion se vale de que es comun opinion que el dominio de la cosa legada se transfiere fictamente desde la muerte del testador, y á continuacion, fundado tambien en otra que llama opinion comun, sostiene que en cuanto á lucrar los frutos convienen todos que se debe atender al tiempo en que se admitió la herencia, cuya esposicion no solo es ilegal y falsa sino absurda.

36 Es principio constante que la ficcion ha de traer su orígen de la ley, y no de la voluntad del hombre, segun lo sienta el Vela en la decision 31, número 7.º; con que no habiendo ley alguna que establezca este dominio ficto, es claro que debe reputarse por falso; tambien es igualmente cierto que tanto presta la ficcion en el caso ficto como la realidad en el verdadero, segun el mismo autor en la disertacion 2.ª, número 10 y otros, de que deberia inferirse que si el dominio ficto produce el mismo efecto que el verdadero desde que se adquirió aquel, habria hecho suyos los frutos el legatario, como los hace por el dominio verdadero; pero la consecuencia que deduce Angulo es tan contraria á los antecedentes que dejaba manifestados, que se adhiere á la opinion que llama comun, de que los frutos del legado no los adquiere el legatario hasta que adhiere la herencia el heredero; de que se convence que el dominio ficto que supone la comun opinion que se transfiere en el legatario desde la muerte del testador no produce ningun efecto, y de consiguiente es inútil y absurda semejante ficcion de dominio.

37 Por último, concluye Angulo reconociendo que en el dia por derecho real, en virtud de la ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, se transfiere verdaderamente el dominio del legado en el legatario desde la muerte del testador, aunque revocablemente.

38 Otro tanto reconoce debe decirse en el caso que el prelegado sea de cuota, con asignacion de cierta cosa para su pago, afirmando que tanto en cuanto á la cuota, como en cuanto á la cosa asignada, si contiene alguna cosa mas, se deberán los frutos desde la muerte del testador, como asi es de ver en el número 4.º de la misma glosa; y lo funda en que habiéndose dicho que en el caso de simple prelegado de cuota, y en el de cosa cierta hace suyos los frutos el prelegatario desde la muerte del testador, por igual razon debe regir lo mismo en este caso, que es misto de prelegado de cuota y de cosa cierta, segun la ley 13, ff. *de liber. et posth.*, cuya ilacion la tengo por legítima y fundada.

39 Estiende tambien su resolucion al caso en que la cosa asignada para el pago de la cuota sea de mayor valor que la cuota, porque dice que esto no impide la adquisicion del dominio y de los frutos, por aquella parte que comprende la cuota desde la muerte del testador, y alega para ello el legado de una parte de la cosa que el testador poseía por indiviso con otro, en que supone se transfiere el dominio desde la muerte del testador, y cita en comprobacion la ley 71, ff., §. final, *de legatis* 1.º, que no parece conduce al asunto, y hace otras citas en los números 5.º y 6.º de la glosa citada, que tampoco son muy concluyentes, pero la opinion que sigue es fundada y verdadera, como se hará ver cuando se examine la duda de si en el simple prelegado de cuota, sin asignacion de cosa cierta para su pago, se transfiere el dominio en el prelegatario desde la muerte del testador, debiendo advertirse aqui que cuando el valor de la cosa asignada para el pago del legado de cuota es menor que esta, dice Angulo al número 5.º citado que no hay ninguna duda en que el dominio de la cosa asignada se transfiere al prelegatario desde la muerte del testador, y de que desde entonces hace suyos los frutos, aunque en cuanto á lo que falta para completar la cuota, que debe suplirse de los otros bienes del testador, no adquirirá el dominio, ni hará suyos los frutos si no interviene omision de parte del heredero, segun la ley 23, ff. *de legatis* 1.º

40 Mayor dificultad ofrece el averiguar si en el prelegado de cuota sin asignacion de cosa cierta se transfiere el dominio en el prelegatario desde la muerte del testador, y de consiguiente hace suyos los frutos desde aquel dia. Para la resolucion de esta duda se ha de tener presente que el dominio del prelegado de cuota, asi como el del genérico, ó ha de estar en el heredero ó en el legatario, sin que haya medio entre estos dos estremos, supuesta la adicion de la herencia.

41 Sentado este antecedente que absolutamente es cierto, se infiere por una ilacion necesaria que siendo el heredero el

mismo que el prelegatario de cuota, existe en este el dominio del prelegado desde la muerte del testador, asi como el de los bienes hereditarios, por ser un principio legal que en cualquiera tiempo que el heredero adhiera la herencia se finge que fue sucesor del difunto desde el dia que murió, segun se dispone en la ley 54, ff. *de adquir. vel omitt. hered.*, y desde entonces adquiere no solamente el dominio de las cosas singulares que pertenecieron al difunto, sino todos los demas derechos que fueron del mismo, como se declara en la ley 37, ff. *eodem*, y en la 24, ff. *de verb. signif.*, y tambien los incrementos de la herencia, ley 73, ff. *ad legem falcidiam*, y de consiguiente hace suyos los frutos no solo de la parte de la herencia que le corresponde con su coheredero, sino tambien la del prelegado, que tambien es herencia, la cual adquiere por sí mismo en virtud del derecho hereditario que le compete, cuya opinion dice Angulo en la ley 4.ª, glosa 4.ª, número 2.º, que es absolutamente cierta, y á la verdad la cosa es tan clara, segun las disposiciones del derecho comun, que no puede ofrecerse la menor duda en que el prelegatario, que juntamente es heredero, adquiere el dominio de una parte del prelegado, y hace suyos los frutos por el mismo derecho que adquiere la parte de herencia de que es heredero, y desde el mismo tiempo lucra los frutos y los percibe de la parte del prelegado y de la herencia, por ser todo una misma cosa, pues desde el punto que el heredero prelegatario acepta la herencia, se confunde la parte de la herencia con la del prelegado, de forma que no se distinguen, como lo persuade la ley 18, §. *pro parte*, ff. *de his quib. utendis*, la 17, §. 1.º, ff. *de legatis* 1.º, en tal punto que por la parte que el prelegatario es heredero, el prelegado es condicional, á saber, con tal que el prelegatario repudie la herencia, pues no repudiándola se tiene por parte de dicha herencia, y cuando la repudia por la repudiacion acrece al otro coheredero, con obligacion de satisfacer íntegramente el legado, segun el jurisconsulto Juliano en la ley 91, ff. §. 2.º, *de legatis* 1.º, y lo prueba estensamente Angulo en la ley 5.ª, glosa 1.ª, número 2.º, y á la verdad que si el coheredero adquiere una parte del prelegado que ha de restituir, con igual y mayor razon deberá decirse que adquiere y hace suya la otra parte de dicho prelegado el heredero prelegatario que se ha de quedar con ella; por lo que con razon afirma Cujacio en el Comentario al §. 1.º de la ley 75, ff. *de legatis* 2.º, que el heredero instituido en una parte, á quien se le han prelegado algunas percepciones, recibe las correspondientes partes del prelegado de los respectivos coherederos por derecho de legado, y la otra de sí mismo por derecho hereditario, segun lo declara entre otras la ley 116, ff. §. 1.º, *de legatis* 1.º

42 Esta doctrina de Cujacio, apoyada en la espresada ley y otras que cita en dicho lugar, es muy á propósito para resolver la otra duda consiguiente á esta, de si el coheredero prelegatario adquirirá el dominio de la otra parte del prelegado desde la muerte del testador por derecho hereditario, ó tendrá que esperar á que el coheredero adhiera la herencia y le haga la entrega de la parte del legado.

43 Angulo en la glosa 4.ª de la ley 4.ª, número 2.º, es de opinion que el prelegatario heredero adquiere tambien desde la muerte del testador el dominio de la parte del prelegado que ha de recibir del coheredero, y se funda para ello en que el heredero prelegatario puede usar del juicio *familiæ erciscundæ*, para pedir el legado, segun la ley 7.ª, C. de dicho título y otras; de que infiere que como en este juicio se deben los frutos, como se espresa en la ley 9.ª del mismo título, y en el §. 4.º, Instit. *de officio judicis*, es consiguiente decir que adquiere el dominio de la parte del prelegado desde la muerte del testador; pero sin embargo de esto se ha de afirmar que el dominio de la otra parte del prelegado no lo adquiere el heredero prelegatario hasta que el coheredero le haga la entrega. Es cierto que el prelegatario puede usar del juicio *familiæ ercisc.*, para pedir al coheredero la restante parte del prelegado; pero de esto no se infiere que se habia transferido el dominio de aquella parte en el prelegatario desde la muerte del testador, porque la accion *familiæ ercisc.* es mixta de real y personal, y de consiguiente su uso no arguye en el que la propone el dominio ó propiedad. A mas de esto la misma ley 7.ª afirma que el prelegatario podrá usar de su derecho ante el Pretor ó presidente de la provincia, que segun Cujacio en el Comentario al §. 4.º, de la ley 89, ff. *de legatis* 2.º, es el Pretor que

entendia en los fideicomisos, donde podia intentar la accion personal de los fideicomisos que dice imita las accion ex testamento, y seguramente que si el prelegatario por la accion *familiæ ercisc.* conseguia la otra parte del prelegado con sus frutos desde la muerte del testador, era bien escusado que la ley le propusiera la eleccion entre estas dos acciones.

44 Pero lo que presenta un claro convencimiento de estas verdades es la ley 75, ff. *de legatis* 2.º, en el §. 1.º, en donde se propone el caso de que uno fue instituido heredero en una parte de la herencia, y se le hicieron algunos legados antes de admitir la herencia, pero despues de que empezaron á deberse los legados (esto es, despues de la muerte del testador), murió dicho heredero, y responde el jurisconsulto Papiniano que la parte de la herencia pertenece á los coherederos substitutos, y las partes de los legados que subsistian en las personas de estos se transmitian á los herederos del prelegatario, de cuya respuesta se deduce que lo que pertenecia al heredero prelegatario por derecho hereditario, que era la parte de la herencia y la del prelegado, acreció á los coherederos por haber muerto antes de adherirla ó aceptarla, y las otras partes de los legados que adquirieron los coherederos por derecho hereditario se transmitieron á los herederos del prelegatario por habérsele debido aquellas partes desde la muerte del testador por derecho de legado; y por lo tanto de la espresada respuesta se infieren dos cosas: primera, que una parte del legado la hubiera adquirido el prelegatario si hubiera aceptado la herencia: segunda, que las otras restantes las adquirieron los coherederos por derecho tambien hereditario, con obligacion de haberlas de entregar al prelegatario, pues segun la comun definicion del legado, este es una donacion dejada por el testador, que se ha de entregar por su heredero, de que se ve que si las otras partes del prelegado hubieran pertenecido al prelegatario por derecho tambien hereditario, todo entero habria acrecido á los coherederos como acreció la parte de la herencia y del prelegado, con lo que se manifiesta y convence hasta la evidencia que la una parte del legado y las otras que adquirieron los coherederos por la aceptacion de la herencia correspondian al prelegatario por distintos y diversos derechos, pues de lo contrario, ó todo el legado hubiera acrecido á los coherederos, ó lo hubiera transmitido á sus herederos el prelegatario.

45 Si acaso se quiere alegar contra esto la decision de la ley 17, §. 2.º, ff. *de legatis* 1.º, en la que se resuelve que si se deja un legado á uno de los herederos, y este se abstiene de la herencia, consigue íntegramente todo el legado, lo que parecia debia observarse igualmente en el caso de la ley 75 citada, respondo con Cujacio en el Comentario de dicha ley 75, que la diferencia entre ambos casos consiste en que en el de la ley 17 el heredero repudió la herencia y admitió el legado, con lo que manifestó su voluntad de separarlo de la herencia, y asi le perteneció íntegramente todo el legado *jure legati*, y en el de la ley 75 el heredero murió antes de haber admitido ó repudiado la herencia, y de consiguiente tanto la parte de la herencia, como la parte del legado que hubiera adquirido por derecho hereditario, acreció á los coherederos.

46 Aun cuando fuera cierta la opinion de Angulo, no guardaba consecuencia con lo que habia dicho hablando del legado de cuota con asignacion de cosa cierta para su pago, que fuera de menor valor que la cuota, en cuyo caso afirma que la parte que falta para cubrir la cuota, y que se ha de satisfacer de los restantes bienes del testador, no la adquiere el prelegatario desde el dia de la muerte de aquel, ni hace suyos los frutos sino desde que el coheredero retardó su entrega, segun lo prevenido en la ley 23, ff. *de legatis* 1.º, pues si en este caso no adquiria el dominio de aquella parte desde la muerte del testador, no hay la menor razon para no decir lo mismo en el caso presente, verificándose en ambos ser parte de un prelegado de cuota que se ha de satisfacer por el coheredero de bienes indeterminados.

47 Si por derecho civil adquiere el prelegatario por derecho propio la parte del prelegado que le corresponde por heredero desde la muerte del testador, es fuera de toda duda que debe decirse lo mismo por derecho real de partidas, y por el posterior de las leyes de Toro, que en nada alteraron las disposiciones del derecho comun en esta parte, y tambien es fuera de toda duda que el heredero prelegatario no adquiere por derecho civil ni

real el dominio de la parte del prelegado que ha de recibir del coheredero, y de consiguiente que en aquella percibiria los frutos desde la muerte del testador, y en esta desde la adicion de la herencia y entrega que haga el coheredero de su parte del legado.

48 Esta duda la suscitó Ayora en la parte 1.ª, capítulo 6.º, número 11 de su obra *de Partitionibus*, donde pone el caso que el padre hubiese mejorado alguno de sus hijos en el tercio y quinto de sus bienes, y resuelve no percibirá este parte alguna de los frutos que se hayan producido durante la division, sino que se repartirán igualmente entre todos los herederos, cuya resolucion en todo es conforme á lo que queda dicho, pues aunque á primera vista parece que hay una manifiesta oposicion por haberse afirmado que el hijo mejorado percibirá una parte de frutos del prelegado por derecho hereditario, y Ayora espresamente resuelve que nada percibirá de dichos frutos, sino que se partiran igualmente entre todos los herederos, en realidad es decir una misma cosa, porque la parte de frutos que el prelegatario percibe por derecho hereditario es la misma que le tocaria cuando los frutos del prelegado se dividan por iguales partes entre los herederos, que es lo que afirma Ayora: de forma que la diversidad que aparece entre dichas opiniones solo se funda en el modo de espresarse, pero no en la substancia de la cosa, porque en la primera se dice que el prelegatario recibirá una parte de frutos, no como prelegatario ó *jure legati*, sino como heredero *jure hereditario*, y Ayora dice que nada percibirá por derecho de prelegado, sino como heredero, que es decir en opinion de Ayora, que el prelegatario nada percibirá de los frutos del prelegado, en razon de prelegatario ó *jure legati*, y en la nuestra que percibirá una parte de los frutos del prelegado, no por derecho de prelegado, sino como heredero, y en no percibir como prelegatario, y sí como heredero, no hay ninguna oposicion.

49 Lo mismo repite Ayora en la parte 3.ª, quest. 17, número 55; pero quien mas latamente trata este punto es Febrero en el lib. 2.º, capít. 2.º, §. 4.º de su obra de los cinco Juicios, en el número 118, donde examina el punto si el hijo mejorado en tercio y quinto de sus bienes deberá percibir desde la muerte de su padre los frutos correspondientes á la mejora, y á continuacion pasa á proponer las razones que al parecer apoyan la sentencia afirmativa, y al número 19 resuelve lo mismo que Ayora, y manifiesta los fundamentos de su opinion, entre los cuales se hace reparable que en la séptima razon reconozca por principio cierto que menoscabándose la herencia durante la proindivision, se menoscabará tambien la mejora, siendo notoriamente cierto lo contrario, pues cualquier daño que padezca la herencia sin culpa del legatario, lo ha de sufrir solo el heredero, así como ceden á beneficio del mismo los frutos de ella, segun lo dispone la ley 30, ff. *ad legem falcidiam*, y aun con mayor claridad se resuelve lo mismo en la ley 73, ff. *eod.*, donde se establece por regla que para graduar el patrimonio del difunto se ha de atender á los bienes que dejó al tiempo de su muerte, como espresamente se resolvió en la ley 19 y 23 de las de Toro, de forma que ni aprovechan ni perjudican á los legatarios los aumentos ó perjuicios que posteriormente ha sufrido la herencia, y otro tanto se repite en el §. 2.º, *Institutionum, ad legem falcidiam*, y por último se repite esta misma regla en la ley 3.ª, título 11, partida 6.ª, donde se proponen varios ejemplos.

50 Si pues el prelegatario no adquiere en calidad de tal, sino como heredero, el dominio de la parte del legado que le corresponde, y la otra parte la ha de recibir del coheredero, es á todas luces claro que en el legado meramente de cuota ó parte de los bienes, que es la última duda que queda que resolver, no adquirirá el legatario el dominio del legado desde la muerte del testador, ni hará suyos los frutos sino desde que el heredero admita la herencia y haga la entrega, como se ordena en la ley 23, ff. *de legatis* 1.º, y en la 37, título 9.º, partida 6.ª, á no ser que haya habido retardacion de parte del heredero en verificar la entrega, como se previene en dichas leyes.

51 Lo mismo resuelve Ayora en la parte 2.ª, quest. 39, donde propone el caso de que una muger legó á su marido el tercio de sus bienes, y otro tanto dice en la parte 3.ª, quest. 17, donde habla del legado que un marido hizo á su muger del quinto de sus bienes, siendo de notar que en dicha question 39, en la parte 2.ª alega

fundamento de su opinion al número 39, que en el legado del tercio de los bienes no tiene el legatario la tercera parte en cada una de las cosas hereditarias, ni adquiere el dominio del legado, porque dice que puede el heredero satisfacer el legado en la estimacion, y no en las cosas de la herencia, y alega en comprobacion la ley 26, §. 2.º ff. *de legatis* 1.º, que es del jurisconsulto Pomponio, y se olvida de la ley 20 de Toro, que espresamente impuso á los herederos la obligacion de pagar los legados en los bienes de la herencia. Estos descuidos no son disimulables, y tienen menos disculpa cuando se trata de arreglar la eviccion de la herencia á lo dispuesto por las leyes reales.

52 Ultimamente, resta examinar ahora si por las disposiciones de la ley 1.ª, título 4.º, libro 5.º de la Recopilacion se varió ó alteró en alguna parte lo establecido acerca del modo y tiempo con que adquiere el legatario el dominio del legado.

53 Ordena dicha ley que sean válidos los legados aunque el testador no haya nombrado heredero en su testamento, y lo mismo quiere suceda aun cuando el heredero no acepte la herencia, y previene tambien que se observe lo mismo cuando el heredero nombrado para que entregue á otro ó la herencia ó alguna otra manda no quiera aceptarla, sino que la renuncia, porque entonces puede el substituto ó substitutos percibir cuanto se le ha dejado, por cuyas disposiciones manifiestamente quedaron derogadas las que regian por derecho civil, cuales eran de que era inútil el testamento en que no habia heredero, como se prevenia en el §. 2.º *Instit. de fideicomissis heredit.*, y la ley 14, C. *de testamentis*, en la que se supone que el testador quiso hacer testamento, y no codicilo, porque nombró heredero y desheredó, y las leyes 14 y 29, C. *de fideicomissis*, en donde se espresa que si no se admite la herencia no valen aquellas cosas que se dejan en el testamento.

54 Si la ley real varió y revocó las disposiciones del derecho civil, que quedan referidas, ninguna alteracion ni innovacion hizo en cuanto al modo con que debian adquirirse los legados, sin que pueda inferirse de que sean válidos los legados, sin que haya adicion de la herencia, que el legatario adquiera el dominio de ellos desde la muerte del testador, como indebidamente lo pretende deducir Burgos de Paz en su Comentario á la ley 3.ª de Toro, número 943, á quien sigue Acevedo en el Comentario á la espresada ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 125, pues como queda demostrado arriba el dominio del legado de cosa cierta, y de aquel que se ha señalado cosa determinada para su pago se transfiere desde la muerte del testador, sin embargo de que el heredero adhiera la herencia; de que se convence que la adicion de esta ni impide la adquisicion del dominio del legado, ni su defecto facilita la del legado de cuota; á mas de que aun cuando el testador no haya nombrado heredero, ó el nombrado no admita la herencia, el legatario debe pedir los legados al heredero que lo sea abintestato, sin que le sea permitido tomárselos de autoridad propia, como se ordena y prohibe en la ley 5.ª, C. *de legatis*, y caso que tambien el heredero abintestato no quiera aceptar la herencia podrán pedirse los legados á los ejecutores testamentarios, como lo indica el señor Covarrubias en el cap. 18, §. 3.º *de testamentis*, número 14 y 29; y segun Gomez en la ley 24, número 4.º de las de Toro, en igual caso se podrán pedir al fisco, ó sino al curador que se nombraria á los bienes, y lo mismo que estos autores opina Tello en la 3.ª parte de la ley 3.ª de Toro, número 6.º

55 Pero lo que pone mas en claro lo infundado de la opinion de Burgos de Paz, que por el hecho de ser válidos los legados por la ley real citada, sin que haya adicion de la herencia, infiere que el legatario adquiere el dominio de ellos desde la muerte del testador, es la contradiccion en que incurre cuando afirma que en el caso de la espresada ley se le da al legatario la accion útil ex testamento para pedir los legados, como espresamente lo sienta en el número 889; es asi que la accion útil ex testamento produce los mismos efectos que la accion personal, segun la ley 47, ff. *de neg. gestis*, y Vinnio, §. 16, *Instit. de leg. Aquil.*, á causa de que como dicha ley 57 no espresa la accion útil, tiene la misma virtud, y causa los mismos efectos que la directa; y como la accion directa ex testamento es personal y no real vindicatoria, es sobradamente claro que cuando afirma Burgos que por la accion útil debia el legatario pedir los legados por no haber aceptado la herencia el heredero, confiesa virtualmente que no se habia transferido en el legatario el dominio de ellos, porque es-

te no se adquiere por la accion ex testamento que es personal, aunque no sea directa sino útil.

56 Ni la adicion de la herencia jamás se ha considerado como media, y adquirir el legatario el dominio de los legados desde la muerte del testador, como se ve en los legados de género ó de cantidad, y en los de cuota ó parte de bienes, en los que es constante que no se adquiere el dominio desde la adicion de la herencia sino desde que el heredero es moroso en hacer su entrega, como se convence y queda ya manifestado de la ley 23, ff. *de legatis*, 1.º, en la que hablando del legado de cuota señala el tiempo en que el heredero ha de entregar el legado con los frutos producidos, y dice que esto ha de ser desde que el heredero haya sido omiso en la entrega del legado, lo que debe entenderse despues de hecha la division, á causa de que desde la adicion de la herencia hasta concluirse la division de ella suele mediar un considerable espacio de tiempo, que se ha de regular por la cantidad y cualidad de los bienes y por la localidad donde se hallan y divisibilidad de los mismos; y aunque la ley 37, tít. 9.º de la partida 6.ª afirma que desde que el heredero acepta la herencia por palabras ó por obras, debe entregar el legado con los frutos producidos, debe entenderse que habla del legado de cosa cierta ó de otro en que se transfiera el dominio desde la muerte del testador, porque si se hubiera de entender del legado de cuota se seguiria que no adquiriéndose el dominio de él hasta la adicion de la herencia, producia frutos en el corto tiempo que mediaba desde la adicion hasta la entrega, que segun la ley parece debia hacerse en el mismo dia, lo que no puede ser en términos regulares, pues es constante que no adquiere el legatario el dominio del legado por la adicion que de la herencia hace el heredero, sino por la tradicion y entrega que le hace al legatario; con que para que á este se le deban los frutos del legado desde el dia de la adicion del heredero era indispensable que en el mismo dia hiciera la entrega del legado, pues de lo contrario se seguiria que antes de adquirir el legatario el dominio del legado por la tradicion le pertenecian los frutos, lo que seria contra la regla que establece que la cosa produce para su dueño; y como hasta la tradicion lo era del heredero, á este, y no al legatario, debian pertenecer los frutos del legado.

Ley XXI de Toro; es la 5.ª, *tít.* 6.º, *lib.* 5.º *de la Recopilacion.*

Mandamos que el hijo ó otro cualquier descendiente legítimo mejorado en tercio ó quinto de los bienes de su padre ó madre ó abuelos que puedan si quisieren repudiar la herencia de su padre é madre ó abuelos, é aceptar la dicha mejoría. Con tanto que sean primero pagadas las deudas del defuncto é sacadas por rata de la dicha mejoría las que al tiempo de la partija parecieren, é por las otras que despues parecieren, sean obligados los tales mejorados á las pagar por rata de la dicha mejoría, como si fuesen herederos en dicha mejoría de tercio é quinto. Lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejoría sea en cosa cierta, ó en cierta parte de sus bienes.

COMENTARIO

á la ley 21 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que pueda el hijo ó nieto mejorado en el tercio ó quinto de los bienes de sus padres ó abuelos repudiar la herencia y aceptar la mejora con tal que sean primero pagadas las deudas del difunto que aparecieren al tiempo de la particion, sacándolas á prorata de dicha mejora, y por las otras que despues parecieren queden obligados á satisfacer con la misma proporcion de la mejora, como si fuesen nombrados herederos en la misma, lo cual se ha de entender, tanto en el caso de que la mejora de tercio y quinto sea en cosa cierta ó en parte incierta de sus bienes.

2 Tres partes comprende la disposicion de la presente ley: en la primera se concede al hijo ó nieto mejorado la facultad de repudiar la herencia, y admitir la mejora: en la segunda se prescribe la condicion con que ha de hacer uso de la facultad concedida, que es satisfaciendo á prorata de la mejora las deudas manifiestas del difunto, y afianzando satisfacer las que despues se descubrieren: en la tercera se declara la especie de mejora en que ha de tener lugar y observarse la precedente disposicion.

3 En cuanto á la primera parte es fuera de toda duda que tanto por derecho civil como real, tenia facultad el heredero á quien se habia dejado algun legado ó man-

da renunciar la herencia y admitir el legado. La ley 17, §. 2.º *de legatis* 1.º, espresamente concede al heredero esta libertad, y la siguiente ley tambien espresa lo mismo. La ley 2.ª, tít. 9.º, partida 6.ª, claramente resuelve lo mismo por estas palabras: decimos que este atal (habla del heredero) magüer desamparase la heredad del facedor del testamento que debe haber por razon que era establecido heredero con los otros, nc se le embarga por ende, que no haga la manda de la cosa señalada que le dejó el testador.

4 Estando ya dispuesto por derecho civil y real lo que se ordena por la presente ley, parecia no era necesaria su resolucion, á no ser que en la condicion con que se concede á los herederos renunciar la herencia y admitir la mejora haya alguna particularidad correctoria del derecho anterior, ó inductiva de alguno nuevo, lo que paso á examinar.

5 Dos son las condiciones con que se permite á los herederos renunciar la herencia y admitir la mejora: la primera es pagándose á prorata las deudas del difunto que aparecieren al tiempo de la particion: la segunda es afianzando satisfacer con la misma prorata las que despues se descubrieren como si fuesen herederos en la mejora.

6 Es de admirar la variedad con que opinan nuestros autores acerca de la inteligencia que deba darse á la presente disposicion, pretendiendo unos que en todas sus partes es arreglada y conforme á lo prevenido por derecho civil: otros que en todo es derogatoria del derecho comun, y no falta quien opine que en parte es confirmatoria y en parte derogativa del mismo derecho.

7 Sin detenerme á referir estas varias opiniones y los fundamentos en que las apoyan sus autores, paso á proponer la natural y genuina inteligencia que debe dársele, y el modo con que en los casos que ocurran ó en la práctica debe ejecutarse la disposicion de la ley.

8 Disponian las leyes romanas que los legados de una parte ó cuota de los bienes se satisfaciesen despues de pagadas las deudas del testador á prorata de su estimacion, segun se previene en la ley 9.ª, ff. *de legatis* 2.º, ni podia ser otra cosa, porque estando declarado por el mismo derecho civil en la ley 39, §. 1.º, ff. *de verb. sign.*, y en la 72, ff. *de jure dotium*, que los bienes de cualquiera se entienden y son aquellos que restan satisfechas las deudas, se seguiria, segun estos mismos principios, que el legado de cuota de bienes no lo seria en realidad si en él se comprendieran las deudas.

9 Comentando Cujacio la ley 9.ª, ff. *de legatis* 2.º, afirma que en el legado de cuota de bienes se rebajan las deudas del difunto al tiempo de la particion y antes de entregar el legado, y se funda en que en el legado de cuota de bienes solo se comprende lo útil, á diferencia del de cuota de herencia, que incluye lo útil y gravoso. Es, pues, claro que en esta parte la disposicion de la ley de Toro es arreglada y conforme á lo dispuesto por derecho civil.

10 Tambien es conforme y arreglada á lo que establece el derecho real de las partidas, pues estando prevenido en la 17, tít. 1.º, partida 6.ª, que la legítima de los hijos cuando no pasan de cuatro sea la tercera parte de la herencia, que tanto por derecho civil como real se dividia en doce onzas, era consiguiente que si del legado de cuota de bienes no se rebajaban á prorata las deudas del difunto se perjudicaria la legítima de los hijos, la cual no puede sufrir disminucion ni desfalco, como se previene en la ley 4.ª, tít. 11, partida 6.ª, la cual despues de espresar las mandas ó legados de que no puede el heredero sacar la cuarta falcidia, pone la siguiente escepcion: fuera ende si el heredero fuese de los que descienden ó suben por liña derecha del testador, cá estos atales en todas guisas deben haber la su parte legítima, é non gela pueden embargar por tales mandas, como sobre dichas son, nin por otra manera alguna; de que se conoce que cuando se haya de disminuir la legítima de los hijos por el pago de deudas del difunto se deben sacar estas á prorata de las mandas ó legados de cuota de bienes. Es, pues, constante y fuera de toda duda que las deudas que aparecen al tiempo de la particion y entrega de los legados de cuota de bienes se sacan á prorata de dichos legados, tanto por derecho civil como real. Resta ahora ver si se observa esto mismo cuando las deudas se descubrian despues de dividida la herencia y entregados los legados.

11 Supuesto que el testador no puede disminuir y perjudicar la porcion legítima debida á los hijos, y que igual perjuicio

esperimentarian estos de no quedar los legatarios responsables á las deudas que aparecieren despues de dividida la herencia y entregados los legados, que á las descubiertas al tiempo de la division, se convence que estan obligados los legatarios de cuota de bienes á proratear la satisfaccion de las deudas descubiertas, como las que posteriormente se descubrieren, y asi advierte prudentemente Angulo en la glosa 4.ª de esta ley, número 2.º, que en estos dos casos no hay diferencia en cuanto al efecto, sino en cuanto al modo.

12 Como por derecho civil el heredero sea sucesor en todos los derechos del difunto, segun la ley 24, ff. *de verb. sign.*, se refundian en él todas las acciones activas y pasivas del testador, §. 4.º *Institutionum de hereditatibus fideicommissis*, y la ley 8.ª y 37 *de adquirenda hereditate*, y la 15, C. *de donationibus*, y de consiguiente quedaba directamente obligado á responder á los acreedores hereditarios, aunque despues de haber satisfecho á estos tuviese repeticion contra los legatarios para proratear el pago de deudas y conservar ilesa su porcion legítima; es, pues, claro que en esta parte es derogatoria del derecho civil la presente ley, que no solo ordena que las deudas que despues aparecieren del testador se saquen á prorata de los legados de cuota, sino que los legatarios, afiancen su satisfaccion, y que queden obligados como si fueran herederos, con cuya espresion manifestó que los legatarios quedaban directamente obligados á los acreedores hereditarios como si en realidad fuesen herederos, pues á no haber sido este el ánimo y voluntad del legislador no hubiera comparado y asemejado la obligacion de los legatarios á la de los herederos, sino que se habria contentado con decir simplemente que quedaban obligados como meros deudores.

13 Empeñado el señor Molina en el libro 1.º, cap. 10, número 14 *de primitiis*, en sostener que la presente ley no es correctoria del derecho civil, le da una esposicion muy útil é ingeniosa para eludir que los legatarios queden obligados á responder directamente á los acreedores hereditarios, reducida á decir que con gran misterio no espresó, y dijo la ley simple y sencillamente, *como si fuesen herederos*, sino que añadió *en la dicha mejora*, para dar á entender que hablando la ley de la mejora del tercio ó quinta parte de sus bienes, y no de parte de la herencia, aunque el hijo fuese instituido heredero en esta tercera ó quinta parte, por ser de cuota de bienes y no de herencia, no podia ser reconocido directamente por los acreedores hereditarios, ni pasaban á él las acciones activas ni pasivas, sino que se consideraba como mero legatario, á la manera que al instituido en cosa cierta, conforme se previene en la ley C. *de hereditatibus inst.*; pero esta esposicion del señor Molina, aunque ingeniosa, es infundada y de ninguna solidez, y en prueba de esta verdad reflexiónese que la ley ya tenia declarado que los hijos mejorados estuviesen obligados á satisfacer á prorata las deudas que despues aparecieren; si, pues, estaba ya hecha esta declaracion, ¿á qué fin, ni qué necesidad habia de que añadiese la ley que la obligacion habia de ser como de herederos, si por esta esplicacion ó aditamento nada se añadia ó aumentaba á la cualidad de obligados que antes les habia impuesto? Para no atribuir á la ley esta redundante superfluidad de palabras es forzoso reconocer que su fin fue, no solo el manifestar que los mejorados habian de estar obligados al pago y satisfaccion de las deudas del testador, sino que esta obligacion habia de ser como la de los herederos, ó como si fuesen herederos para poder ser reconvenidos directamente por los acreedores hereditarios, segun asi lo reconoce Angulo en la glosa 4.ª, número 3.º y siguiente.

14 Ni es absolutamente contrario á las disposiciones del derecho civil el que los legatarios quedasen directamente obligados á responder á los acreedores hereditarios por las deudas que posteriormente aparecieren. La ley 2.ª, ff. *de cond. ind.*, hablando de las dudas que aparecian mucho tiempo despues de entregados los legados, supone generalmente que se puede repetir lo que indebidamente se pagó; y aunque no espresa por quién se ha de hacer la repeticion, sin embargo comentando Cujacio dicha ley en el libro 28 de las cuestiones de Papiniano, afirma que la condicion ó accion civil directa para repetir lo que se dió corresponde al que hizo la entrega de la cosa; pero la accion útil para el mismo efecto se concede al que tiene interés en la repeticion, de cuyo dictámen es tambien Gerardo Nohot en el Comentario al título del ff. *de cond. ind.*, fundándose en la ley quinta del mismo títu-

lo, que reconoce no es cosa nueva que uno repita lo que otro pagó.

15 Esta misma doctrina se halla establecida en un caso aun mas concreto á nuestro asunto, y es cuando el heredero que ha recibido la herencia con inventario ha entregado los legados antes de satisfacer las deudas, en cuyo caso espresa la ley 22, C. *de jure deliberandi*, que los acreedores hereditarios pueden pedir directamente á los legatarios la parte que les toque, con tal que el heredero no haya percibido sino la cuarta parte de la herencia. Lo mismo se halla prevenido en la ley 7.ª, tít. 6.º, partida 6.ª

16 Si en el caso de haber hecho inventario el heredero, y no retener mas que la cuarta parte de la herencia, tanto por derecho civil como real de partidas, tenian los acreedoees hereditarios repeticion directa contra los legatarios, ¿porqué ha de parecer estraño que la ley de Toro dé la misma repeticion á los acreedores contra unos legatarios que han admitido el legado y renunciado el honorífico título de herederos por no quedar sujetos á responder á los acreedores del testador? ¿No es conforme á razon que las cargas y utilidades sean por igual? ¿Pues qué resolucion podia tomarse mas arreglada y justa en el caso de la ley, que obligar á los legatarios á sufrir á prorata las cargas de la herencia que habian renunciado con el fin de libertarse de ellas? En odio, pues, de la renuncia, y para castigar la codicia de los legatarios estableció la ley que fuesen responsables á las deudas de la herencia que despues aparecieren, y aun quiso que esta responsabilidad la asegurasen por medio de la correspondiente fianza.

17 Queda manifestado, segun esta esposicion, que la opinion del señor Molina es infundada; y conociendo esto mismo, ó desconfiando de ella, aconseja que los acreedores hereditarios no reconvengan solamente á los herederos, sino tambien á los legatarios, para no esponerse por la variedad de opiniones á sucumbir en la causa en la parte que se habia de sacar de la mejora. El señor Castillo en el tít. 6.º, cap. 161, número 29, sigue en todo la opinion del señor Molina.

18 Parece escusado detenernos á examinar si la disposicion de esta ley tendrá lugar cuando el hijo es mejorado por contrato ó donacion entre vivos, como lo hace Angulo en la glosa 4.ª, número 13, porque bien sea inoficiosa la donacion al tiempo que se hizo, ó al de la muerte del donante, siempre se ha de reducir y regular por el valor que tenian los bienes del testador ó donante al tiempo de su muerte, segun las leyes 19 y 23 de Toro; y como toda donacion que el padre hace á cualquiera de sus hijos, sea gratuita ó por contrato oneroso, siempre se reputa por mejora de tercio ó quinto en lo que escede el valor de la legítima, segun la ley 26, se sigue por una consecüencia necesaria que estando espresa, y generalmente prevenido en la presente ley, que el hijo mejorado que renuncia la herencia y admite la mejora quede sujeto á responder á prorata á los acreedores hereditarios por las deudas que aparecieren despues de la division y entrega de la herencia, la misma disposicion ha de regir en el hijo mejorado por contrato ó donacion gratuita.

19 Tambien se duda si deberá tener lugar la disposicion de la ley en la mejora ó prelegado que se hace á un estraño, y parece que debe decirse que no, porque la herencia que se deja al estraño es libre y voluntaria sin cuota señalada por legítima, y asi no puede recibir perjuicio de entregar los legados cuando ningun derecho le competia para haber sido nombrado por heredero; pero sin embargo se ha de decir que la disposicion de la presente ley comprende igualmente al heredero estraño, para lo cual se ha de tener presente que tanto por derecho romano, como real de las partidas, se le debe al heredero estraño la cuarta parte del valor de la herencia; con que siendo el legado de cuota de bienes deben proratearse las deudas antes de su entrega, pues de otro modo no seria en realidad legado de cuota, pues segun la ley 39, ff. *de verb. sign*, citada arriba, por bienes solo se entienden aquellos que restan despues de satisfechas las deudas, y tambien deberá afianzar para el pago de las que despues aparezcan, y quedar directamente responsable á los acreedores hereditarios para su cobro, por militar la misma razon en los estraños que en los hijos, y no deberse presumir quisiese el testador que estos fuesen de peor condicion que aquellos, lo que se ha de entender, tanto en el caso que el legado de cuota se haya dejado por título particular, como por el universal de heredero, pues la ley no hace semejante distincion, por lo que no parece fundada la

opinion del señor Covarrubias en el lib. 2.º, capítulo 2.º de las varias, número 2.º, §. *quam ob rem*, que afirma que la decision de la ley tiene lugar en los hijos á quienes se ha hecho el prelegado por título de mejora, pero no en los otros legatarios á quienes se ha legado el tercio ó quinto, porque ó estos legatarios estraños eran juntamente herederos, ó no; si lo primero deben ser comprendidos en la decision de la ley por militar la misma idéntica razon, y ser aun mayor el desprecio de la memoria del testador, y deber suponer en él mayor causa de odio, como indica Angulo en la glosa 4.ª, número 14; y si no lo eran, no podian ser comprendidos en ella.

20 Por último, en la tercera parte declara la ley que la responsabilidad impuesta á los mejorados respecto á las deudas hereditarias que aparezcan despues de dividida la herencia, ha de tener lugar en la mejora hecha en cosa cierta, como en cierta parte de bienes.

21 No parecía creible que en una cosa tan clara y manifiesta hubiese diversidad de opiniones entre los espositores; pero lo cierto es que discrepan notablemente en el sentido é inteligencia de dichas palabras; cuya diversidad á mi parecer ha dimanado de que no se han fijado las palabras de que usa la ley, sino que las han variado á su voluntad segun su entender. Las palabras son estas: *lo cual mandamos que se entienda, ora la dicha mejora sea en cierta cosa, ó en cierta parte de sus bienes.* Supuesto este antecedente es indispensable reconocer que por la espresion de que se vale la ley diciendo, *dicha mejora,* se refiere á la mejora de que antes habia hablado, que siempre ha sido de la de tercio ó quinto, que es de cuota de bienes, y nunca habia hecho antes mencion de la que se hace de cosa cierta, como se convencerá cualquiera con la material lectura de la ley; si pues las palabras *dicha mejora* se han de referir y entender necesariamente de la mejora de tercio ó quinto, ó lo que es lo mismo de cuota de bienes, las subsiguientes palabras *en cierta cosa* no pueden entenderse de que la mejora se hiciera de cosa cierta, porque era mas implicancia y contradiccion manifiesta, que siendo la mejora de que habla la ley de cuota de bienes, como se ha demostrado fuese de cosa cierta; es pues claro y evidente de que la mejora de que habla la ley no es de cosa cierta, sino de cuota de bienes, asignada una cosa cierta para su pago y satisfaccion.

22 Este mismo concepto ó inteligencia lo persuaden las palabras con que continúa la ley diciendo *ó en incierta parte de bienes,* que pone en contraposicion de las que preceden para abrazar y comprender los dos estremos de una mejora de cuota hecha en cosa cierta, esto es, con señalamiento de fincas para su entrega, ó en incierta cosa ó parte sin señalamiento de finca para su pago, lo que se hace demostrable con reflexionar que el adjetivo *incierta*, que concierta y concuerda con el sustantivo *ó parte* no puede entenderse de una parte incierta de mejora de cuota, porque sería un manifiesto absurdo é implicancia el que fuese mejora de cuota, y al mismo tiempo fuese de parte incierta, para lo que conviene tener presente que por nuestro derecho real la herencia se divide en quince partes, de las cuales tres componen el quinto, cuatro el tercio, y las ocho restantes son legítimas rigurosas de los hijos. Supuesto este antecedente se hace evidente que en cualquiera mejora de cuota se ha de espresar necesariamente la parte ó partes de que se ha de componer y constar, porque de lo contrario estaria en la voluntad libre del heredero entregar lo que quisiese, y cumpliria dando al mejorado una frecuentísima parte de los bienes, con lo que se verificaba que la mejora era de cuota; por donde se viene en un claro convencimiento de que las palabras *ó en incierta parte de bienes* no pueden referirse á la parte de que habia de constar la mejora, sino de no haber hecho el testador señalamiento de fincas para su pago y satisfaccion.

23 Es pues fuera de toda duda que la ley no ha dispuesto acerca de la mejora de cosa cierta, por lo que se hace mas de estrañar que casi todos los espositores, esceptuando á los señores Molina y Castillo y algun otro, se hayan persuadido de que la ley ó su decision comprendia la mejora de cosa cierta, entre los cuales entra tambien el señor Covarrubias en el lib. 2.º de sus varias, cap. 2.º, número 2.º, lo que seguramente ha provenido de no haber tenido presente las palabras de la ley, pues cuantos espositores la copian, en lugar de las palabras *ó en incierta parte de bienes,* ponen *ó en cierta parte de bienes.*

24 No está comprendida en la decision de la ley la mejora de cosa cierta, esceda ó

ó no del valor del tercio y quinto, como voy á manifestar, porque si escede deberá rebajarse del valor de dicho tercio y quinto, y si no escede ninguna rebaja habrá que hacer, ni tendrá el hijo mejorado precision de dar fianza para la satisfaccion de las deudas que despues se descubran, y aun cuando aparezcan algunas no estará obligado á responder á los acreedores del esceso que haya llevado, sino únicamente á los herederos.

25 Un ejemplo hará perceptible y clara esta esposicion: supóngase que un padre habiendo instituido herederos á dos hijos, mejoró al uno en una finca que valia siete décimas quintas partes del valor de la herencia, que cabalmente es el valor correspondiente al tercio y quinto de mejora; este hijo mejorado habiendo renunciado la herencia se contentó con la finca en que habia sido mejorado, y entró en su posesion sin tener que dar fianzas por las deudas que despues aparecieren, porque su mejora no era de cuota, que es de la que habla la ley, sino de cosa cierta: posteriormente se descubren deudas del testador, que importaban dos décimas partes de la herencia, en tal caso deberá rebajarse del valor de la finca de mejora lo que corresponda á prorata con las ocho décimas quintas partes que percibió el heredero que admitió la herencia, quien tendrá que responder directamente á los acreedores hereditarios, y repetir para su reintegro contra el mejorado; supóngase que la finca en que fue mejorado el hijo que renunció la herencia era del valor de cuatro décimas quintas partes de los bienes del testador, que es lo correspondiente al valor del tercio, y que las deudas de la herencia asciendan á tres décimas quintas partes de ella, que es el valor del quinto, en tal caso al hijo mejorado ninguna deduccion deberá hacersele, háyanse descubierto las deudas al tiempo de la division, ó posteriormente, y es la razon porque la mejora no ha sido de cuota de bienes, sino de cosa cierta, y las deudas que han resultado no han llegado á disminuir la parte legítima que correspondia al hijo que admitió la herencia.

26 No sucede asi cuando la mejora es de cuota de bienes, pues como esta tiene una correlacion íntima y esencial con todas las partes de la herencia, siempre que aparezcan deudas hereditarias, aunque sean en pequeña cantidad, se ha de alterar y disminuir la mejora de cuota, como se echará de ver en el caso que la herencia del testador fuese de quince mil pesos, y la mejora fuese de una décimaquinta parte de la herencia, si posteriormente se descubrian deudas hereditarias que ascendian á mil pesos, que era una décima parte de los bienes del testador, en tal caso no podia el hijo mejorado retener íntegramente la mejora de la décimaquinta parte de la herencia, porque habiéndose disminuido esta en otra décima quinta parte, seria mayor la parte de la mejora de cuota que las demas de la herencia, porque se verificaria que llevaria el mejorado mayor parte que la que le habia dejado el testador, lo que á mas seria un absurdo, porque las partes han de ser enteramente iguales; y asi la parte del hijo mejorado debe disminuirse á prorata de las demas, y quedar reducidos los mil pesos á catorce mil reales.

27 Lo que se ha dicho de la mejora de cosa cierta se ha de entender igualmente de la que se hace de determinada cantidad, ó de aquellas cosas que se regulan por peso ó medida.

28 Lo mismo se ha de observar en las mejoras hechas á los estraños, sin otra diferencia que en estos no se ha de atender á lo que monta el valor del tercio y quinto, sino á lo que escede la mejora de la cuarta parte de la herencia, que por derecho romano y de las partidas se reducen á doce partes; cuya cuarta parte es la porcion legítima que se debe al heredero estraño, segun dichos derechos, en lo que no se hallan derogados, ni por la ley 1.ª del libro 5.º, tít. 4.º de la Recopilacion, ni por ninguna de las de Toro.

29 Resumiendo la disposicion de esta ley, se reduce a que puede el hijo mejorado en cuota de bienes renunciar la herencia y admitir la mejora, rebajándole á prorata el importe de las deudas que aparezcan al tiempo de la division, y dando fianzas de satisfacer á los acreedores hereditarios con la misma prorata las que despues se descubran, bien se haya hecho la mejora de cuota con asignacion de cosa cierta para su pago, ó sin ella.

Ley XXII de Toro; es la 6.ª, tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Si el padre, ó la madre, ó alguno de los ascendientes prometió por contracto entre vivos de no mejorar á alguno de sus fijos ó descendientes, y pasó sobre ello escriptu-

ra pública, en tal caso no pueda hacer la dicha mejoría de tercio ni de quinto. Y si la ficiere que no vala. E assi mismo mandamos que si prometió el padre ó la madre ó alguno de los ascendientes de mejorar á alguno de sus fijos, ó descendientes en el dicho tercio é quinto por via de casamiento ó por otra causa onerosa alguna. Que en tal caso sean obligados á lo cumplir é hacer, é si no lo ficieren, que pasados los dias de su vida la dicha mejoría ó mejorías de tercio ó quinto sean habidas por fechas.

COMENTARIO

á la Ley 22 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que si el padre, madre ó alguno de los ascendientes prometió por contrato entre vivos no mejorar á ninguno de sus descendientes, y otorgó escritura pública sobre ello, no podrá hacer mejora alguna de tercio ni quinto, y si la hace no será válida; y al contrario, si alguno de los referidos prometió de mejorar á alguno de sus hijos ó descendientes en el dicho tercio ó quinto de sus bienes por casamiento ó por otra causa onerosa, que en tal caso queden obligados á hacer la espresada mejora; y si no la hicieren, que concluida la vida de los mismos, la mejora de tercio ó de quinto se tenga por hecha.

2 Dos partes comprende esta ley, á saber, la obligacion que contraen los ascendientes por el pacto de no mejorar á ninguno de sus descendientes, y la que contraen los mismos por el pacto de mejoría á alguno de los hijos. De una y otra trataré con separacion para la mayor claridad.

3 En cuanto á la primera, en que se trata del pacto de no mejorar y de la obligacion que de él resulta, quiere la ley que intervenga escritura pública, de que se infiere que sin ella no nace obligacion, y de consiguiente es claro que se requiere *pro forma et solemnitate*, y no *ad probationem*, por ser doctrina constante que cuando la escritura se requiere *pro forma* en algun contrato ó pacto no nace obligacion de él, hasta estar otorgada, á diferencia de cuando se pide *ad probationem*, que en tal caso permanece firme el contrato aunque no se otorgue la escritura.

4 Tello Fernandez se propone indagar en el número 4.º de su Comentario á esta ley cuál fue la razon ó fundamento que dió causa á establecer fuere necesaria la escritura pública para que se hiciese irrevocable el pacto ó promesa de no mejorar.

5 Antes de manifestar mi opinion en la resolucion de esta duda, debo advertir que cuando la letra de la ley y su decision está clara, como sucede en la presente, es ocioso y para nada conduce saber la razon de su decision, y muchas veces perjudica el que se tenga noticia de ella, porque solo sirve para barrenar la disposicion de la ley, bajo el pretesto de que en este ó aquel caso cesa la razon de ella, y de consiguiente debe cesar su decision. Para evitar iguales inconvenientes en las sentencias de los tribunales se ha mandado sábiamente que no se funden; y el omitir los legisladores fundar las decisiones de sus leyes es una prudente cautela para evitar que los abogados y jueces se aparten de seguir el literal sentido de ellas, y seria de desear que en algunas leyes no hubiera ciertos preámbulos que mas sirven de escitar dudas que de aclarar la verdad.

6 ¿Quién no tendria por inútil y ocioso ocuparse en indagar qué razon tuvo presente el legislador para señalar el tercio y no el quinto de los bienes por cuota de la mejora que el padre puede hacer á cualquiera de sus hijos? ¿Y por qué ha de ser el quinto y no el sexto, séptimo y octavo la porcion de que puede disponer entre los estraños? Y despues de haber gastado inútilmente su calor natural, ¿quién se podria lisongear de que habia acertado con la razon de decidir? Es pues una ociosidad de los autores detenerse en semejantes investigaciones cuando está clara la decision de la ley.

7 El señor Palacios Ruvios, que podia habernos dicho la razon de decidir de esta ley, por haber asistido á su formacion en las cortes de Toro, como lo afirma en varios lugares de sus comentarios y en el de la presente ley, número 15, guarda un profundo silencio en este punto.

8 El señor Castillo en el lib. 5.º, *controversiarum juris*, cap. 149, número 14, se propone examinar esta duda, refiriendo, como tiene de costumbre, las varias opiniones de todos los autores que trataron el asunto, donde remito á mis lectores, contentándome con indicar la opinion que tengo por mas fundada. Digo, pues, que la razon de decir de esta ley es la mayor facilidad

que tienen los hombres en prometer que en dar, y al paso que se aumenta esta facilidad en los pactos y contratos, multiplicando las leyes las solemnidades y requisitos para la validacion y substistencia de ellos, á fin de que los hombres incauta é inconsideradamente no se priven y despojen de aquella libertad natural que las mismas leyes les conceden ó conservan.

9 En confirmacion de esta verdad vemos que la enagenacion del fundo dotal la permitia la ley Julia al marido consintiéndolo la muger; pero la hipoteca ó obligacion del mismo fundo la prohibia aunque consintiese la muger, siendo asi que mas daño padecia la muger por la enagenacion que por la obligacion, ley única SS. *cum lex* 15, *C. de rei uxoris actione.*

10 Por el senado consulto Veleiano, se concede á la muger la escepcion, cuando se obliga y sale fiadora por otro; pero no se le concede la misma escepcion cuando hace alguna donacion, y la razon de diferencia es, segun el jurisconsulto Ulpiano, en la ley 4.ª, SS. I. ff. *ad senatum convel. quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.*

11 La ley Fusia casi cohartaba el número de siervos que se podia manumitir por testamento, y no ponia límites en la manumision por contrato entre vivos, SS. I. *Isntitution de lege fusia can.*, y era la razon porque se presume que cualquiera es mas liberal para dar en muerte que en vida.

12 Guiados de estos principios nuestros legisladores, quisieron que la promesa negativa de no mejorar fuese acompañada de la solemnidad de la escritura pública para que se hiciese irrevocable.

13 Contra esta opinion resulta un poderoso argumento, y es que el pacto afirmativo de mejorar, de que trata la segunda parte de la presente ley, es tambien una promesa, y de consiguiente deberia regir en ella la doctrina que se ha traido para fundar la razon de decidir del pacto negativo ó promesa de no mejorar, y en tal caso seria igualmente necesaria la escritura pública para que se hiciera irrevocable la promesa de mejorar, lo que manifiesta contradiccion á la ley, que no exige semejante requisito.

14 Digo, pues, en satisfaccion de esta dificultad que la doctrina en que he fundado la resolucion de la promesa negativa de no mejorar, que se contiene en la primera parte de nuestra ley, debe tener lugar en la promesa afirmativa de mejorar, de que habla en la segunda parte, sin que sirva de obstáculo el que en la promesa afirmativa no se haga mencion espresa de la escritura pública para su irrevocabilidad, porque lo dispuesto para la promesa negativa en la primera parte se entiende repetido en la segunda para la afirmativa.

15 Para la cabal inteligencia de esta ley se ha de tener presente que en la promesa negativa se pone el caso de no mejorar sin espresion de causa, y en la afirmativa se refiere y propone el caso de mejorar con la espresion de hacerse por causa onerosa.

16 Estos dos casos que se espresan en la primera y segunda parte de la ley real, y verdaderamente se hallan comprendidos en cada uno de los pactos ó promesas que se contienen en ellas, que es decir, que la promesa negativa ademas del caso espreso de la escritura pública comprende el de hacerse por causa onerosa, y la promesa afirmativa ademas del caso espreso de hacerse por causa onerosa comprende el de de intervenir escritura pública, de forma que el haber espresado la ley en cada pacto un caso diverso, no fue porque el mismo pacto no comprendiese los dos casos, sino para manifestar que con el que proponia en el pacto negativo se habia de suplir el que omitia en el afirmativo, y al contrario con el que ponia en el afirmativo se supliese el que no espresaba en el negativo; de manera que lo mismo que la ley dispuso se guardase en el pacto negativo, quiso que se observase en el afirmativo, y lo que en este, ordenó que se cumpliese en aquel. Febrero en la parte 2.ª, cap. 2.º, SS. 3, número 99, supone que la promesa de no mejorar por causa onerosa se hace irrevocable, igualmente que la simple promesa, mediando escritura pública; con lo que se ve iguala la causa onerosa con la escritura pública.

17 Aunque la opinion que sigo en la esposicion de esta ley carece de toda autoridad estrínseca, por no ser de ninguno de los comentadores de las leyes de Toro que han llegado á mis manos, y van citados en esta obra, sin embargo no está destituida de la autoridad intrínseca, que en realidad es la mas recomendable, y en su confirmacion digo no debe parecer estra-

ño que la ley supla el caso omitido en la promesa afirmativa con el espresado en la negativa, y al contrario, porque no es irregular en las leyes de Toro el omitir ó espresar todos los casos que directamente comprende su decision, contentándose con proponer uno para que por identidad de razon se infieran los demas.

18 En la ley 17, cuya disposicion tiene tanta semejanza con la presente, se omite hablar de la mejora del cuarto recayendo su disposicion sobre la del tercio, y sin embargo todos los espositores reconocen que su resolucion se estiende menos al cuarto de mejora que al tercio.

19 La 23 señala el tiempo de la muerte del testador para hacer la regulacion del valor de la mejora del tercio, sin hacer la menor espresion del cuarto, y no obstante este silencio nadie ha dudado que en una y otra mejora se ha de observar la misma regla.

20 Aun es mas particular lo que se observa en la ley 19 en este punto, que despues de declarar que los padres pueden en vida y en muerte señalar, en cosa cierta, las mejoras que hagan del tercio y cuarto, pasa á señalar el tiempo en que se ha de hacer la regulacion, y limitándose únicamente al tercio, omite hacer espresion del cuarto; cuya omision, habiendo antes hecho espresion del cuarto, era sobrado fundamento para que se persuadieran los espositores que en el cuarto no queria se observase la misma regla que en el tercio, y sin embargo convienen que lo dispuesto acerca del tercio se ha de observar en el cuarto.

21 Véase ahora si despues de tan repetidos ejemplares, en que se suple el caso omitido con el espresado, por ser una misma la identidad de razon, podrá graduarse de libre y arbitraria la esposicion que doy á la presente ley.

22 Pero aun prescindiendo de los fundamentos que quedan espuestos, la misma naturaleza del pacto ó promesa de no mejorar lleva consigo el que el caso omitido se entienda comprendido en la disposicion de la ley.

23 Supongamos que el padre promete á un hijo de no mejorar á ninguno de sus hermanos, si se casa con la persona que le señala, ó hace cualquier otra cosa que le encarga: en este caso, cumpliendo el hijo por su parte con lo pactado, nadie duda que la promesa del padre se hace irrevocable, porque le nace al hijo la accion para compelerlo á cumplir lo prometido, ó satisfacerle el interés que le resultaria de la ejecucion de lo pactado, como lo dispone la ley 3.ª, tít. 6.º, partida 5.ª, y en doctrina comun en la materia, como se puede ver en el Gomez, tomo 2.º, *de content.* cap. 8.º, número 3.º y siguientes, y sin embargo este caso no se espresa en la primera parte de la ley que habla del pacto negativo.

24 He dicho que si el hijo cumplió por su parte, queda el padre obligado; pero atendiendo á nuestro derecho real, posterior al de las partidas, aceptando el hijo la promesa del padre, no le queda á este libertad para no cumplir lo pactado, como se convence de la ley 2.ª, tít. 16, lib. 5.º de la Recopilacion, y lo afirman todos los espositores de ella, pretendiendo muchos de la primera nota que aun antes de la aceptacion de la promesa no puede arrepentirse el que la hizo, como se puede ver en el Gomez en el lugar citado, número 4.º y 5.º, y mas particularmente en el P. Molina *de justitia et jure, tract.* 2.º, disposicion 263, número 9.º y siguientes, donde citando varios autores nacionales examina los fundamentos de las dos opiniones, y resuelve no es necesaria la aceptacion de la promesa para que nazca accion civil de ella, en virtud de la ley real citada; pero esta opinion es demasiado aventurada.

25 Ahora bien, si en el pacto ó promesa negativa de no mejorar se halla comprendido el caso en que la promesa se haga por causa onerosa, sin embargo de que la ley solo habla del caso de una promesa simple en que intervenga escritura pública, ¿Por qué en el pacto ó promesa afirmativa de mejorar no se ha de comprender el caso de la simple promesa con escritura pública, aunque la ley solo disponga de la promesa hecha por causa onerosa?

26 No me detengo á impugnar las diversas opiniones de los espositores en este punto, porque los fundamentos de la mia son una refutacion virtual de las suyas, y como dejo dicho, estas cuestiones por lo comun mas sirven para obscurecer las leyes que para esplicarlas.

27 Otra duda suscitan los espositores, á mi parecer con bien poco fundamento, acerca de si la escritura pública que requiere la ley para que la promesa de no

mejorar se haga irrevocable podrá suplirse por la escritura privada, especialmente estando reconocida por la parte.

28 Esta duda en realidad se reduce á indagar si la escritura pública que pide la ley para que el pacto ó promesa de no mejorar sea irrevocable, la pide *pro forma* ó solo *ad probationem.*

29 Se ha de suponer que ser una cosa de esencia de sustancia ó de forma son términos sinónimos.

30 Entre los autores que sostienen que la escritura pública se requiere *pro forma* en la promesa de no mejorar, es Acevedo en la ley 6.ª, tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 10 y 11, en donde funda su opinion diciendo, que cuando la ley establece alguna novedad con ciertas modificaciones, todo lo que en ella se espresa se entiende que lo pone *pro forma* sustancial..... y toda cualidad que requiere la ley, se tiene por precisa y sustancial, como lo afirma Avendaño en la respuesta 14, número 3.º

31 Para comprender la eficacia de la razon que propone Acevedo, se ha de tener presente que asi esta ley como la 17, que concede á los padres la facultad de mejorar á los hijos, bien esten emancipados ó en la patria potestad, en el tercio y quinto de sus bienes por contrato entre vivos, son correctorias del derecho civil, como lo espuse en la ley 17, y no repito en esta los fundamentos por qué milita la misma razon que es la identidad de personas entre el padre y el hijo en la patria potestad, para que entre ellos no pueda subsistir algun contrato.

32 Siendo pues la presente ley correctoria del derecho civil en la facultad que concede al padre de que pueda hacer á sus hijos la promesa de no mejorar, y que esta promesa sea irrevocable mediando escritura pública, es claro que esta escritura la pide por forma para la subsistencia y validacion del contrato y su irrevocabilidad, sin que en manera alguna pueda presumirse que la escritura intervenia para la prueba, pues esta solo serviria para acreditar que se habia celebrado el pacto ó promesa, pero no para hacerlo irrevocable.

33 Es preciso advertir que asi en esta ley como en la 17 son cosas muy diversas la validacion del contrato y su irrevocabilidad, como claramente se convence de la ley 17, en que espresamente se dispone que mediando alguno de los requisitos que en la misma se previene, no se pueda revocar la mejora; con que no mediando alguno de dichos requisitos se puede revocar, de que se infiere que aun cuando no intervienen es válida la mejora: asi lo reconoce Gomez en la ley 17, número 8.º, §. *ex qua lege*, pero estará espuesta á poder ser revocada, lo que arguye que ha sido válida, y la prueba es que si no se revoca se debe cumplir.

34 La presente ley aunque no usa de la palabra que no pueda revocar, se vale de otra que virtualmente es lo mismo, pues dice que lo que se haga contra la promesa no valga.

35 Siendo pues cosas distintas la validacion é irrevocabilidad de la promesa de no mejorar, es evidente que la escritura pública que en ella se pide, no se requiere *ad probationem*, sino *pro forma ad irrevocabilitatem*, porque de nada serviria el probar que se habia hecho la promesa, si quedaba espuesta á revocarse, asi como en la ley 17 nada aprovechaba poder probar por testigos ó por escritura pública que se habia hecho la mejora si no habia intervenido la entrega de la cosa ó de la escritura por ante escribano.

36 Que la escritura se requiera por sustancia, esencia y forma de la promesa de no mejorar y no para prueba, se persuade con el siguiente raciocinio: para el mismo fin que se requiere en la promesa de mejorar la cualidad de que se haga por causa onerosa, se requiere en la promesa de no mejorar el que intervenga la escritura pública, es asi que en la promesa de mejorar la cualidad de causa onerosa se pide y exige para la irrevocabilidad y no para prueba; luego del mismo modo debe decirse que la escritura en la promesa de no mejorar, se requiere para la irrevocabilidad, y no para prueba.

37 Que sea el mismo fin ó efecto el que produce la causa onerosa en la promesa de no mejorar, que el de la escritura pública en la promesa de no mejorar, no creo haya quien se atreva á negarlo, á vista de la literal disposicion de la ley, que en la promesa de no mejorar dice espremente no valga la mejora hecha contra esta promesa, y en la de mejorar que esté obligado á cumplirla.

38 Velazques de Avendaño en el ca-

pítulo 84 *de Cens.*, tratando cuando la escritura se requiere *pro forma* ó *ad probationem*, dice que regularmente hablando en todos los casos en que se dispone por derecho que intervenga escritura, se debe presumir que se pide *ad probationem* y no *pro forma*; pero á esta regla inmediatamente pone la escepcion, á no ser que la ley ó los contrayentes dispongan espresamente, ó por sus palabras se infiera que no valga el contrato, sino se hace mediando escritura.

39 Aplicando ó contrayendo á nuestro caso esta doctrina, es indispensable reconocer que la escritura la pide la presente ley en la promesa de no mejorar como necesaria para la irrevocabilidad, de forma que espresamente dice no valga lo que contra ella se haga.

40 La misma regla que Avendaño establece Acevedo en la ley 2.ª, tít. 15, libro 5.º de la Recopilacion, número 29, y propone igual escepcion.

41 Diego Castillo en la palabra escritura, á esta ley, Palacios Ruvios número 7.º, 8.º y 9.º, Gomez número 28, el señor Castillo en el lugar citado, donde latamente examina los fundamentos de esta cuestion desde el número 17, Matienzo glosa 2.ª, número 5.º, ley 6.ª, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion, el señor Molina *de primogenitis*, lib. 2.º, capít. 8.º, número 13, y Tello Fernandez al número 6.º con otros que se podrán ver en el señor Castillo, son de opinion que la escritura en la presente ley se pide *pro forma*, esencia y sustancia de la irrevocabilidad de la promesa de no mejorar, aunque Tello y el señor Molina manifiestan alguna escitacion ó perplexidad, sometiendo su juicio al que se halle en el caso de haber de resolver.

42 Refiere Tello que habiendo sido consultado con otros abogados sobre el caso en que una madre al tiempo de casar á una hija, ofreció á su yerno mediante una escritura privada, firmada de tres testigos, de no mejorar á ninguno de sus hijos, si podria esta madre mejorar alguno de ellos por no haber intervenido la escritura pública de que habla la ley en la promesa de no mejorar, hecha en favor del yerno, ó estaria obligada á guardar lo prometido, y dice Tello que fundado en una doctrina del especulador fue de dictámen que la madre, así en conciencia como en derecho ó justicia, estaba obligada á cumplir la promesa, aunque otros abogados, ateniéndose á la letra de la ley, fueron de contrario parecer, y reconociendo despues lo débil del fundamento en que habia apoyado su opinion, varió de dictámen en otro caso que le ocurrió despues, sosteniendo era revocable la promesa no interviniendo escritura pública.

43 En el caso en que fue consultado Tello, yo hubiera sido del mismo parecer, no por que crea que no es necesaria la escritura pública, sino por que allí mediaba el haberse hecho la promesa de no mejorar por causa onerosa, cual es la del matrimonio, y en tal caso no es necesaria la escritura pública en la promesa de no mejorar para su irrevocabilidad, como no lo es en la promesa de mejorar supuestos los fundamentos que arriba dejo espuestos.

44 Tambien podia haber otra duda en el caso en que fue consultado Tello para resolver que era irrevocable la promesa, aunque hubiera mediado escritura pública por poder presumirse hecha la promesa de no mejorar en fráude de la pragmática de Madrid, que es la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que prohibe que ni espresa ni tácitamente pueda ser mejorada la hija por ninguna manera de contrato entre vivos; pero de esto hablaré de intento despues.

45 Probado ya que la escritura la pide la ley *pro forma* para la irrevocabilidad de la promesa de no mejorar, es fuera de toda duda que sin ella dejará de ser irrevocable la promesa, como lo afirman generalmente los autores tratando del defecto de la forma de la ley, y entre otros el señor Menchaca *de succes. creat.*, lib. 1.º, §. 4.º, y el Mieres, *de majoribus*, parte 4.ª, cuestion 1.ª, limitacion 1.ª, desde el número 117 hasta el 132.

46 Supuesto que la escritura privada no puede suplir la falta de la pública por exigirse esta, *pro forma*, en la promesa de no mejorar, resta examinar si la escritura privada reconocida por la parte, podrá llenar el hueco de la pública á causa de que la escritura privada en virtud del reconocimiento de la parte se eleva y adquiere fuerza de instrumento público.

47 Sino hubiera autores de respetable nota que opinan por la afirmativa, tendria yo esta duda por cavilacion agena de un letrado de buena fé; pero ello es que Burgos de Paz el jóven, en la cuarta de sus cuestiones civiles, número 13 y siguien-

tes, Avendaño en la glosa 1.ª, número 19, Angulo en la ley 6.ª, tít. 6.º, *de melioribus*, glosa 3.ª, número 3.º y 4.º, y por último Gutierrez en el libro 2.º de las prácticas, cuestion 59, número 3.º, sostienen que por la escritura privada reconocida por la parte se hace irrevocable la promesa de no mejorar del mismo modo que si hubiera intervenido escritura pública.

48 Fundan su opinion ademas de la ley 26, §. último, ff. *depositi*, y la 11, C. *de his qui potiores in pign.*, hablando en la ley 119, título 18, partida 3.ª, que dice que si la parte contra quien presentan la carta la otorgare, debe valer, bien asi como si fuere fecha por mano del escribano público, y la 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, que espresamente ordena que los conocimientos reconocidos traigan aparejada ejecucion como los contratos cuarenticios.

49 Todas estas leyes en realidad lo que prueban es que el reconocimiento de la escritura privada es una prueba probada, contra la cual no se admiten sino las escepciones que especifican las leyes 1.ª y 2.ª, tít. 2.º, lib. 4.º de la Recopilacion, pero no que sea un instrumento público, cual se requiere por la presente ley de Toro, cuya forma se señala en la ley 13, tít. 25, lib. 4.º de la Recopilacion, y no siendo instrumento público, este reconocimiento de la parte no puede suplir por él, porque la forma que requiere una ley no se puede suplir por el equivalente, como lo sabia y juiciosamente lo observa el señor Menchaca *de testatoris potentia*, libro 1.º, §. 4.º, número 15, donde cita varias leyes del derecho civil, y entre otras la 12, C. *de testamentis*, que dispone que si faltase uno de los siete testigos para el testamento *in scriptis*, y no pusiesen sus sellos agenos ó propios delante del testador los testigos, sea nulo el testamento; y mas concreta y determinadamente dispone acerca de lo mismo la ley 3.ª de Toro, que espresamente declara que faltando alguna de las solemnidades prevenidas, no hagan fé ni prueba en juicio ni fuera de él.

50 Si acaso se intenta decir que la ley 22 no irrita ó anula el acto que se hace contra su disposicion, como sucede en las que prescriben la solemnidad de los testamentos, advierto que siempre que la ley dispone y prescribe la forma que se ha de observar en el acto que permite, aunque espresamente no anule el acto ejecutado contra su disposicion, en realidad es nulo y de ningun efecto, como lo afirma el señor Menchaca en el lugar citado, número 17, donde refiere varios textos del derecho civil en confirmacion, y la ley 47 de Toro, cuya disposicion es que el hijo casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre, de donde infiere que si el hijo no se vela aunque se case, no participará de los derechos de emancipado y demas privilegios, sin embargo de que solo ha sido dispositiva, sin anular lo que en contrario se hiciere, y á la verdad seria ociosa, ridícula é inútil la disposicion de la ley, como observa el mismo autor, si su transgresion habia de ser subsistente é impune.

51 Esta doctrina del señor Menchaca, aunque conviene en todo á la presente ley, que ni es preceptiva ni prohibitiva, sino dispositiva ó indicativa, es mucho mas eficaz, atendida la materia acerca de la que dispone.

52 Ya he dicho arriba que esta ley es correctoria del derecho civil que prohibe nazca obligacion de ningun pacto ó contrato entre padre é hijo que esté en la patria potestad; con que prescribiendo la ley la forma bajo la cual quiere que sean válidos ó subsistentes los pactos ó contratos entre estas personas, es manifiesto que faltando dicha forma no intentó corregir la disposicion del derecho civil, y de consiguiente quedan sujetos á su disposicion, como antes lo estaban, y por lo tanto nulos y de ningun efecto.

53 Mas claro: la ley de Toro establece una escepcion de la regla prescripta por el derecho civil en las obligaciones entre padres é hijos, con que sino se observa la forma ordenada y señalada en la escepcion, la regla establecida por el derecho civil queda en su fuerza y vigor, y por consiguiente son nulos los pactos que se celebren entre padres é hijos en la potestad, y asi es fuera de toda duda que nuestra ley no solo dispone, sino que anula todo acto contrario á su disposicion.

54 Cuando las razones y fundamentos espuestos no bastasen para persuadir lo infundado de la opinion referida, seria suficiente prueba para convencer su futilidad el hacer ver que el caso que se figuran los autores que la defienden no puede llegar á verificarse, lo que voy á demostrar.

55 Supongamos la promesa de un padre hecha á su hijo de no mejorar por escritura privada, y distingamos los tres únicos casos en que puede tener lugar el reconocimiento ante el escribano, y son el de haberse arrepentido el padre de la promesa, y no querer otorgar la escritura pública, ó el de haber pasado á mejorar otro de sus hijos por causa onerosa, ó finalmente el de permanecer el padre dispuesto á cumplir la promesa y otorgar la escritura pública: son los únicos casos que se pueden figurar en la materia.

56 En el primer caso arrepintiéndose el padre de la promesa, no puede tener lugar el reconocimiento ante escribano en virtud del cual se le obligue á cumplir lo prometido, y es la razon por qué el reconocimiento únicamente se reducirá á confesar que la escritura ó papel que se le presenta es suyo ó se hizo de su órden; pero despues se ha arrepentido ó mudado de dictámen, y en tal caso este reconocimiento no podrá tener fuerza de instrumento público, porque el padre tiene facultad de arrepentirse de su promesa, y de consiguiente no puede ser compelido á cumplirla.

57 En que el padre puede arrepentirse de su promesa antes de otorgarse la escritura pública no cabe la menor duda, supuesto que se requiere *pro forma* para que se haga irrevocable, pues si por la escritura se hace irrevocable, es claro que antes de su otorgamiento se puede revocar, y cuando en esto quedara la menor duda está el SS. inicial, *Institut. de emtione et vend.*, donde espresamente dispone Justiniano que en los contratos de venta en que se pacta por las partes que se ha de otorgar escritura, puedan sin pena alguna separarse del contrato antes de su otorgamiento.

58 Lo mismo ordena nuestra ley 6.ª del tít. 5.°, partida 5.ª, por estas palabras: "Compra é vendida se puede facer en dos maneras, la una es con carta, é la otra sin ella; é la que se face por carta y cuando el comprador dice al vendedor, quiero que sea de esta vendida carta fecha, é la vendida que de esta guisa es fecha maguer se vengan en el precio el comprador é el vendedor no es acabada fasta que la carta sea fecha é otorgada, porque ante de esto puedese arrepentir cualquier de ellos."

59 Si cuando la escritura se requiere *pro forma* en un contrato, lícitamente pueden separarse las partes de él antes que llegue á otorgarse, reconociendo los autores ya citados que la escritura pública se requiere *pro forma* en la promesa de no mejorar, es preciso que confiesen que el padre puede arrepentirse antes de su otorgamiento, y que de nada servirá el reconocimiento que haga ante escribano de su promesa si manifiesta su arrepentimiento, pues los reconocimientos de que habla la ley recopilada no se han ordenado para producir obligaciones, sino para acreditar y probar las que se han hecho, y compeler á cumplirlas, para cuyo fin se le da al reconocimiento judicial por la ley la fuerza de instrumento público.

60 En el segundo caso obran todas las razones que se han propuesto en el primero, porque se verifica igual arrepentimiento, y á mas una obligacion posterior contraria, en virtud de la cual se halla imposibilitado legalmente de llevar á efecto la primera promesa, y obligado á cumplir la segunda, con que mal podria por el reconocimiento judicial revalidarse una promesa de que legítimamente se habia arrepentido el padre, y anularse otra que la ley la hace permanente é irrevocable, porque una obligacion legítima posterior no se revoca por otra ilegítima anterior.

61 En el tercer caso seria ridículo el reconocimiento cuando el padre, dispuesto á otorgar la escritura pública, ni podria suplir por ella, como queda probado con la doctrina del señor Menchaca, mayormente atendiendo á que no es lo mismo que la ley dé fuerza al reconocimiento de instrumento público, que el que en realidad lo sea, y no alcanzo por qué exigen estos autores la escritura privada para que intervenga el reconocimiento, y no dicen lo mismo de la confesion de la parte, siendo asi que la ley recopilada 5.ª, tít. 21, lib. 4.° de la Recopilacion, la misma fuerza da á la confesion de la parte hecha ante juez competente, que á los conocimientos reconocidos.

62 Aun cuando se diera al reconocimiento reconocido del padre la fuerza y eficacia que quieren estos autores, esto habia de ser sin perjuicio de tercero, como lo observa el señor Castillo al número 37 del lugar citado, por ser opinion comun que el reconocimiento solo perjudica al que lo hace.

63 De lo dicho se convence que cuando la escritura se requiere por forma substancial en algun contrato, no se puede suplir su falta por la escritura privada, aunque intervenga el reconocimiento de la parte, porque el reconocimiento se tiene como instrumento público en cuanto á probar el contrato, pero no en cuanto á darle forma y subsistencia, y en este sentido deben esplicarse y esponerse la ley 119, tít. 18, partida 3.ª, y la ley 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, que son en las que fundan su opinion los autores espresados.

64 Mieres en la parte 1.ª, cuestion 65, número 59, toma un rumbo diferente y no menos infundado, diciendo que en la promesa de no mejorar en que la ley exije escritura pública, no es necesario que intervenga escribano público, sino que será suficiente que la escritura sea pública, como lo es en los casos de las leyes 119, tít. 18, partida 3.ª; 31, tít. 13, partida 5.ª, y la 3.ª, tít. 14, partida 1.ª, y en otros casos semejantes que se hallan en otras leyes.

65 En la primera ley se trata del caso en que se presenta una escritura privada en juicio contra el que la hizo, y dispone la ley que si él mismo la reconoce ó se le prueba con dos testigos que sean buenos y sin sospecha, que el que niega escribió la carta ó la mandó escribir, que haga prueba contra él sin que se admita prueba de comparacion de letras.

66 La 31, tít. 13, partida 5.ª, habla del caso en que uno se obligó á otro por carta escrita de su mano y firmada por tres testigos, y constituyó cierta hipoteca, y dispone la ley que si posteriormente obligase ó hipotecase la misma cosa por escritura hecha ante escribano público, seria preferida la primer obligacion con tal que los tres testigos de la carta hubiesen firmado con sus propias manos, y que si solo constaba la obligacion por la carta, ó por haberse obligado ante dos testigos, entonces seria preferida la segunda obligacion hecha ante escribano público.

67 La ley 3.ª, tít. 14, partida 1.ª, dispone que el enfitéusis se puede constituir por carta hecha por escribano público, ó por carta privada del señor que da la cosa en enfitéusis.

68 Estos son los casos que se contienen en las leyes que cita Mieres, y á la verdad no alcanzo cómo de ellos se pueda inferir que para cumplir con la disposicion de la ley 22 de Toro, no se necesita que intervenga escribano público, pues si se funda para esto, como parece, en que en los casos espresados las escrituras privadas hacen prueba como las públicas, esto bien mirado nada aprovecha para el caso de la cuestion, pues ya se ha probado con sólidas razones que la escritura pública la pide la ley, no para prueba, sino por forma y requisito substancial de la promesa de no mejorar, y á mas el que una escritura privada firmada de tres testigos haga prueba en juicio, ó que la hagan dos testigos que afirman que la escritura es de aquel que se dice obligado, y que el señor de la cosa dada en enfitéusis quede obligado por su propia escritura, ¿podrá esto ser fundamento bastante para decir que la escritura privada en estos casos es escritura pública? no por cierto, porque la escritura pública tiene prescriptas sus solemnidades, en fuerza de las que es y se llama escritura pública, sin que pueda serlo la que carece de ellas, por mas que haga prueba en juicio ó fuera de él.

69 La ley 13, tít. 25, lib. 4.º de la Recopilacion, que es de la Reina católica doña Isabel, del año de 1503, establece y señala la forma y solemnidad que se ha de observar en el otorgamiento de las escrituras públicas; y si se observa que dos años despues de la promulgacion de esta ley se hizo y publicó la ley 22 de Toro, se conocerá que la escritura pública de que hace mencion solo podia ser aquella que tan recientemente acababa de establecerse su forma y solemnidad.

70 Antes de concluir este punto quiero advertir que el mismo Mieres, que abraza una opinion tan poco fundada, se admira en el número 43, de que Gutierrez *de jur. conf.*, parte 1.ª, capít. 59, número 9, afirme que si el pacto de no mejorar se hace en escritura privada reconocida ó interviene en el juramento debe observarse, y uno y otro dice Mieres que le parece dudoso y dificil.

71 Aunque la escritura se requiere *pro forma* para la subsistencia de la promesa de no mejorar, esto no impide que si llegase á faltar ó perecer la escritura por incendio ú otro cualquier accidente, se admita prueba de testigos para acreditar su otorgamiento, como lo afirma Diego Castillo en esta ley, *ver. scriptura pública* con

Gomez al número 28, y otros, fundados en la ley 18, C. *de test.*, y lo mismo indica la ley única, ff. *si tabulæ testamenti stabunt.*

72 Concluida ya la prolija duda de la escritura pública, paso á examinar las que suscitan los espositores acerca de la persona á quien se hace la promesa, y para evitar la obscuridad que puede originar la variedad de casos, los propondré con la separacion correspondiente.

73 Primer caso, en que el padre directamente ofrece á un hijo no mejorar á ninguno de sus hijos. De este caso resultan dos dudas: una si no obstante esta promesa podrá el padre mejorar al hijo que se la hizo, y la otra es si podrá el padre mejorar á cualquiera de sus otros hijos, indemnizando al que le hizo la promesa el perjuicio que le cause ó resulte de la mejora.

74 Diego Castillo, *verv.*, que no valga, Palacios Ruvios al número 12, Gomez Arias en la ley 20, número 15, Avendaño, glosa 1.ª, número 6.º, Matienzo en la glosa 3.ª, número 2.º, Acevedo en el número 20, Angulo en la glosa 2.ª, número 4.º, espresa y directamente se proponen esta duda, y resuelven que el padre puede mejorar al hijo á quien hizo la promesa de no mejorar. Antonio Gomez, aunque en términos espresos, no se propone la cuestion; pero por lo que resuelve en la duda que forma al número 24 de si cediendo el hijo á quien se ha hecho la promesa de no mejorar, podrá el padre mejorar á otro de sus hijos, se infiere que lo mismo hubiera dicho en el caso de la presente duda.

75 El señor Castillo en el cap. 150, desde el número 1.º hasta el 24, trata esta cuestion poniendo latamente los fundamentos que hay en pro y contra, y resuelve lo mismo que los autores citados, donde podrá acudir el que quiera instruirse de ellos, pues yo omito el referirlos por ser esta la comun opinion, sin que sepa haya quien la contradiga, pues á la verdad habiendo el hijo conseguido de su padre esta promesa por su propio interés personal, no parecia justo que se convirtiese en su perjuicio, segun la ley 6.ª, C. *de legibus*, y la 25, ff. *codicis*, y la regla 61 *quod ob gratiam de reg. juris*, 6.º, á mas que pudiendo el hijo remitir ó renunciar el derecho que le corresponde y pertenece por la promesa, y consentir á que su padre mejore al que le parezca, como sólidamente lo prueba Antonio Gomez en el lugar citado, con mas razon le será permitido renunciar de su derecho y consentir en que en él haga el padre la mejora.

76 En cuanto á la segunda duda de si valdrá la mejora hecha contra la promesa ó pacto de no mejorar resarciendo al hijo, á quien se hizo la promesa, el perjuicio que le resulte de la mejora, Diego Castillo en esta ley *verv.*, que no valga, Palacios Ruvios al numero 11, Tello, número 11, Avendaño, glosa 1.ª, número 7.º, Angulo en la ley 6.ª, glosa 2.ª, numero 3.º, y el señor Castillo en el lugar citado, número 26, afirman que sin perjuicio del hijo á quien directa y determinadamente se hizo la promesa, será válida la mejora que el padre haga á cualquiera de sus otros hijos; pero respecto de aquel nó, lo que esplica Diego Castillo suponiendo que el padre tenga cuatro hijos y mejora uno de ellos; muerto el padre sacará el hijo á quien se hizo la promesa de no mejorar su legítima íntegra, como si no hubiera mejora, y despues se sacará esta del cúmulo de bienes en perjuicio de los otros dos hijos.

77 El ejemplo es tan claro que no deja la menor duda, siendo el fundamento de esta resolucion el que los pactos solo se observan entre los que los hacen, ley 1.ª, §. 1.º, ff. *de pact.*, y consiguiendo el hijo la utilidad que le resulta de la promesa, no puede impedir que el padre use de su derecho y facultad.

78 El Ayora *de partitionibus*, parte 2.ª, cuestion 15, á quien sigue Febrero *de particulis*, lib. 2.º, cap. 2.º, §. 3.º, número 93, son de la misma opinion; pero uno y otro ponen el caso en la promesa hecha á una hija ó yerno por causa de matrimonio, afirmando que en tal caso bastará que el padre pague á su hija ó yerno el daño que le resulte de la mejora que hizo á otro hijo, sin que esté obligado á cumplir la promesa que le hizo de no mejorar á sus hijos.

79 Esta doctrina de Ayora y Febrero en el caso que se proponen no la tengo por segura, atendida la disposicion de la pragmática de Madrid, que es la ley 1.ª, título 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que prohibe que ninguna hija pueda entenderse mejorada en tercio ó quinto tácita ó espresamente por via de casamiento en contrato entre vivos.

80 Supongamos que el padre tiene tres hijos y una hija, y promete á esta ó á su

yerno por via de casamiento no mejorar á ninguno de sus hijos. Arrepentido despues el padre mejora á uno de sus tres hijos, si en este caso se ha de resarcir á la hija el daño que le resulta de la mejora; muerto el padre deberá ella sacar su legítima íntegra, y despues sacarse la mejora del cúmulo de bienes, como en el ejemplo que se ha referido de Castillo.

81 En tal caso la hija sale mejorada respecto de sus dos hermanos en una cuarta parte del tercio y del quinto de los bienes de su padre, y de consiguiente se contraviene á la disposicion de la ley real.

82 Si acaso se intenta decir que lo que lleva la hija no es mejora, sino por la legítima que le corresponde en los bienes de su padre, digo que esa legítima es una mejora tácita, y prohibe la ley igualmente que la espresa, y no puede dudarse que si el padre mejorare á su hija por contrato entre vivos en la cuarta parte del tercio y quinto de sus bienes, mejorando á otro de sus hermanos en el resíduo del mismo tercio ó quinto, seria nula la mejora, como hecha contra la espresa disposicion de la ley.

83 La misma voz mejora denota su significado y naturaleza, que es la mayor parte que percibe un hijo en los bienes de su padre cuando concurre á la herencia con sus hermanos, y de consiguiente siempre que la hija les saque alguna ventaja se contraviene á la pragmática de Madrid de 1534.

84 Debo advertir aqui que la presente duda no se ha de confundir con la otra de que me reservé tratar despues, á saber: si la promesa de no mejorar hecha á la hija por causa de matrimonio en contrato entre vivos, es contra lo dispuesto en dicha pragmática, porque son enteramente diversas.

85 Sea el segundo caso cuando el padre sin contemplar á ningun hijo en particular, sino atendiendo al bien de todos, y que sucediesen por iguales partes, prometió de no mejorar á ninguno de sus hijos, y se duda si podrá mejorar á alguno de ellos, en cuya duda convienen comunmente los espositores que el padre no puede en manera alguna mejorar á ninguno de sus hijos, como lo afirma Tello, número 9.º y 11, Acevedo, número 9.º, y Matienzo, glosa 1.ª, número 3.º, y el señor Castillo, número 25, donde cita á otros.

86 Tercer caso, si prometiendo el padre á un hijo determinadamente, ó á todos en general, no mejorar á ninguno de ellos, podrá mejorar á alguno de sus nietos.

87 En este caso se comprenden dos, y para la mayor claridad se hablará de cada uno con separacion. El primero es cuando la promesa se hizo directamente á un hijo, y el segundo cuando la promesa fue general y absoluta á todos sus hijos.

88 Tello al número 7.º se propone esta cuestion acerca del primer caso en que la promesa fue hecha en favor de un hijo determinado, y resuelve que si la promesa fue *ex aliqua causa*, como por casamiento ó por alguna transaccion de pleito ú otro negocio, en tal caso la promesa de no mejorar á los hijos pretende que se estiende á los nietos, y de este caso afirma debe entenderse que hablan Cifuentes al número 2.º, Diego Castillo, verbo, ó descendientes, y Gomez al número 27 de esta ley, y se funda en que en fuerza del pacto la promesa se estiende á todos, y cita la ley 114, §. 14, ff. *de legatis* 1.º, y la 38, §. 3.º, ff. *de legatis* 3.º; pero si la promesa ha sido absoluta y espontánea, sin que preceda alguna causa precisa ó causativa, subdistingue en la forma siguiente: ó de las palabras que usa en la promesa se manifiesta que no quiere mejorar á algun nieto ó descendiente, como si dijere que hacia la promesa de no mejorar á ninguno de sus hijos para que todos consigan la legítima íntegra, ó para que sucedan por iguales partes, ó porque no queria gravar á ninguno, en todos estos casos, como las palabras de la promesa dicen repugnancia y contradiccion con la mejora, afirma que no podrá mejorar á ningun nieto ó descendiente, ó no manifiesta indicio alguno, y en tal caso puede mejorar á qualquiera de sus nietos ó descendientes, y la razon en que se funda es porque por nuestras leyes los nietos y descendientes tienen la misma capacidad que los hijos para ser mejorados, de forma que aunque el padre por pacto ó estatuto se haya hecho incapaz, el nieto no pierde la incapacidad, y asi en nuestras leyes no se considera el nieto como que sigue del hijo de quien consiga la capacidad ó derecho de ser mejorado, sino que el nieto ó descendiente es capaz por su propio derecho y persona, y de consiguiente, aunque el hijo en virtud del pacto del padre á quien obliga la presente ley se haga incapaz de ser mejorado, podrá mejorar al nieto, porque por derecho se le concede esta facultad, y no se privó de ella por el pacto, y pre-

tende que en estas prohibiciones nunca se comprende el nieto bajo el nombre de hijo, á no ser que espresamente se especificára por palabra ó razon, como en caso igual lo declara la auténtica *de restit. fideic.* §. *manifestum*; á mas que siempre que á alguno competen muchos remedios por la renuncia de uno no se priva de los otros, ley *quod à bonis*, §. *huic autem edicto*, ff. *de succesorio edicto*, la que no se halla en el título que cita, y concluye aconsejando se examine esta resolucion suya, aunque la tiene por verdadera.

89 Por esta doctrina se ve que Tello reduce la duda á estos tres casos, de hacerse la promesa á un hijo por causa onerosa, y entonces la prohibicion de mejorar á los hijos la estiende á los nietos de hacerse á un hijo determinado ó á todos absoluta y espontáneamente, sin preceder causa alguna precisa ó causativa, y en tal caso si por las palabras de la promesa no se manifiesta qué se hacia para que todos heredasen por igual, bajo la prohibicion de mejorar á los hijos, no comprende á los nietos, y por lo tanto podrán ser mejorados; pero si se manifiesta la voluntad del padre de que todos heredaren por iguales partes, como esta igualdad de herencia es incompatible con la mejora, la prohibicion de mejorar á los hijos la estiende á los nietos.

90 Si se reflexiona sobre esta doctrina, es indispensable reconocer que la causa que motiva la promesa no tiene virtud y eficacia para estender ó limitar la significacion de la palabra hijos, mayormente si se atiende á que la fuerza y virtud del pacto no nace de la causa que ha influido en su celebracion, sino de la voluntad de las partes, acompañada de las solemnidades que prescriben las leyes, y asi tan irrevocable se hace la promesa de no mejorar cuando ha sido absoluta y voluntaria, sin ninguna causa precedente, como cuando se ha hecho por causa onerosa, y si en este caso no la puede el padre revocar despojando á su hijo del derecho que ha adquirido por la promesa, no se alcanza cómo ha de poder el padre privar al hijo del derecho irrevocable adquirido en virtud de la disposicion espresa de la ley mejorando á cualquiera de sus nietos, solo porque no intervino causa onerosa, cuando esta causa, como ya se ha dicho, no influye en la irrevocabilidad de la promesa ó pacto, y asi vemos que tan perfecta é irrevocable es una donacion *inter vivos*, como un contrato de compra y venta, sin embargo que en la primera se adquiere título lucrativo, y en la segunda título oneroso, á no ser que despues de celebrada la donacion sobrevenga alguna de las causas que motivan su revocacion; pero permaneciendo las cosas en el mismo estado que cuando se hizo la donacion, jamás tiene facultad el donante para revocarla.

91 Avendaño en la glosa 1.ª, número 4.º, sigue la opinion de Tello; pero Matienzo, glosa 1.ª, número 4.º, Gutierrez *de jur. conf.*, parte 1.ª, capítulo 59, número 11, Acevedo, número 9.º, y el señor Castillo, número 27, sostienen que bajo la promesa de no mejorar á los hijos, se comprenden los nietos, porque es la misma la accion que versa en unos y otros.

92 Confieso ingenuamente no hallo fundamento bastante para estender á los nietos un pacto que solo habla de los hijos, pues aunque es cierto bajo el nombre de hijos se comprenden los nietos, ley 84, ff. *de verv. sign.*, y en la ley 59, ff. *de ritu nuptiarum*, como en el caso presente les es perjudicial, es claro que no deben ser comprendidos, entendiéndose dichas leyes en lo favorable.

93 Es, pues, mi dictámen que tanto en el caso que la promesa de no mejorar se haya hecho á un hijo determinadamente con causa ó sin ella, como en el de haberse hecho absoluta y voluntariamente á todos, aunque sea con la espresion de que heredásen por iguales partes, la promesa de no mejorar á los hijos no debe estenderse á los nietos.

94 La promesa de no mejorar es una renuncia virtual de la facultad y derecho que le compete al padre de mejorar á sus hijos, y solo esto era bastante para no estenderla á otras personas que las especificadas, pues como afirma el señor Castillo en el libro 4.º, cap. 42, número 19, la renuncia es *stricti juris*, y siempre se interpreta en el sentido rigoroso, y se restringe para que dañe lo menos que pueda al derecho del que renuncia, debiéndose interpretar en el sentido que menos dañe al renunciante.

95 Pero aun prescindiendo de estas doctrinas generales, contrayéndonos á las que suministra la presente materia, prestan un argumento convincente de que no debe dar-

se á la promesa de no mejorar á los hijos la estension que pretende.

96 El significado de la palabra mejora ó mejorar es un testimonio demasiado claro de que los nietos no pueden comprenderse en la palabra hijos (hablo de los nietos cuando les preceden sus padres), y es la razon por qué mejora se dice aquella parte, á cuyo aumento el derecho romano llama prelegado, que es el legado que se hace al heredero, segun Doneto en el libro 7.º, capítulo 25, numero 60 de sus Comentarios al derecho civil, §. *prelegatum*, Angulo *de melior.*, ley 8.ª, glosa 2.ª, numero 4.º y 5.º, y el señor Castillo, lib. 2.º, cap. 13, número 13 de sus controversias, tambien acerca de la legítima. Asi lo afirma Palacios Ruvios *ad cap. sed vestras*, §. 22, número 13, Baeza *de non melior.*, cap 3.º, número 9.º, y Gutierrez *de jur. conf.*, parte 1.ª, capítulo 59, número 18, ó aumento que recibe el hijo á mas de su legítima, y por eso el hijo mejorado saca mayor porcion de la herencia de su padre que sus otros hermanos, como que la palabra mejora es de comparacion con los demas herederos, y el hijo mejorado es heredero de mayor parte.

97 Sentado este principio, de que no se puede dudar, se convence con la mayor evidencia que no pudiendo los nietos suceder á su abuelo viviendo sus padres, es claro que en los nietos no puede tener lugar la mejora estando privados de ser admitidos á la legítima por vivir sus padres, y no siendo capaces los nietos de aspirar á la legítima, no lo pueden ser para la mejora, y por tanto se hace demostrable que la promesa de no mejorar á los hijos no puede comprender á los nietos como incapaces de que en ellos se verifique la mejora.

98 Me hago cargo se opondrá contra esto que si los nietos son incapaces de ser mejorados estamos fuera de la cuestion, pues por la promesa de no mejorar á los hijos queda el padre privado de mejorar á alguno de ellos, y siendo los nietos incapaces para ser mejorados, quedan seguros los hijos de no ser privados del beneficio que les ha de producir la promesa del padre.

99 Digo, pues, que aunque los nietos son incapaces de ser mejorados viviéndoles sus padres, no lo son para recibir el tercio y quinto de sus bienes de su abuelo, pues aunque la ley 9.ª, tit. 5.º, lib. 3.º del fuero real no les permitia recibir el tercio de los bienes del abuelo si no tenian derecho de heredarlo, ó lo que es lo mismo, si no sucedian en lugar de su padre, la ley 18 de Toro amplió la facultad de los padres y abuelos para que la mejora del tercio, que por la ley del fuero solo la podian hacer á los nietos que tenian derecho de heredarlos, la pudieren hacer á los mismos aun cuando viviesen sus padres, por donde se ve que la ley del fuero solo admitia la mejora del tercio entre los herederos, y aunque la ley de Toro pudo habilitar á los nietos que no eran herederos para que pudiere recaer en ellos el tercio de los bienes de su abuelo, no pudo ni quiso que el tercio fuese y se llamase mejora cuando recaía en quien no tenia parte en la herencia, manifestándolo asi la misma ley que no dice que la mejora del tercio que se hacia á los hijos pueda hacerse a los nietos, sino que el tercio de mejora poniendo el tercio y no la mejora *in recto* como sugeto de quien hablaba la proposicion y la mejora en oblicuo, para dar á entender que el tercio que era de mejora en los hijos, no lo era en los nietos, y si hubiera querido que la mejora que se hacia á los hijos se pudiera hacer á los nietos, diria no el tercio de mejora sino la mejora del tercio, asi como se dice con toda propiedad que el quinto de mejorar que hace el padre á un hijo lo puede hacer á un estraño, sin que por esto se llame mejorado; sin embargo se ve que en la ley 20 se usa de la voz mejorar respecto de personas que no son hijos ó nietos del testador, y de consiguiente hay fundamento para decir que la ley habló con alguna impropiedad, y en convencimiento de esta verdad véase lo que sucede con la manda del quinto que cuando recae en un heredero se llama mejora, y cuando en un estraño, manda.

100 No siendo la manda del tercio y quinto, ni pudiéndose llamar mejora cuando se hace á quien no tiene derecho á la legítima ó herencia del mismo, es claro que por la promesa ó renuncia del padre de no mejorar á sus hijos no pueden ser escluidos los nietos por no poderse en ellos verificar la mejora; pero podrá el abuelo mandarles el tercio y quinto sin contravenir á su promesa, que no era de no disponer del tercio y quinto absolutamente en ninguno, sino de no disponer en favor de cualquiera de sus herederos.

101 Los autores de la opinion contraria se fundan en que es la misma la razon

que tiene el padre para no mejorar á los nietos que á los hijos, y si con esto quieren decir, como insinúa Gomez, que no es mayor el afecto del padre á los nietos que á los hijos, antes debe presumirse mayor á estos, y de consiguiente si promete no mejorar á los que mas quiere, debe presumirse igual promesa de no mejorar á los que quiere menos, ó igualmente.

102 A esto respondo que estas presunciones generales no son á propósito para limitar ó estender los contratos cuando las palabras estan espresas, á mas que la opinion ó presuncion de que los padres quieren mas á los hijos que á los nietos de nada sirve si el padre mejora al nieto, y no al hijo, como sucede muchas veces, y lo supone la ley 18 citada, concediendo al abuelo el poder mandar el tercio de sus bienes al nieto, aunque esté vivo su padre, y si la ley contra la presuncion general de que se quiere mas á los hijos que á los nietos le concede al padre la facultad de preferir á estos, no se alcanza por qué en una promesa en que solo se renuncia de la facultad de mejorar á los hijos, se ha de entender renunciada la de dejar el tercio y quinto á sus nietos.

103 Nadie duda que si el padre promete á un hijo no mejorar á cierto hermano suyo, no renuncia por esta promesa de la facultad de no mejorar á otro de sus hijos, como sabiamente lo prueba Palacios Ruvios en esta ley, número 1.º, y Avendaño en la glosa 1.ª, número 11, y no es negable que en tal caso tambien podrá mejorar á sus nietos, y si valiera la presuncion de que mas quiere el padre á sus hijos que á sus nietos se debia decir que habiendo prometido el padre no mejorar á un hijo, se debia creer habia renunciado de la facultad de mejorar á un nieto.

104 Si lo que pretende decir con que es la misma la razon se reduce á que igual perjuicio esperimenta el hijo á quien se hizo la promesa de que el padre mejore á sus nietos que á sus hijos, digo, que tambien es igual el perjuicio disponiendo del quinto de sus bienes en favor de su alma, y sin embargo lo puede hacer sin contravenir á la promesa, como lo reconoce hasta el mismo Gomez, que es de la opinion contraria en el número 26, Palacios Ruvios, número 10, y Diego Castillo, verbo *que no vala*, y aun digo que podria el padre disponer del quinto á favor de un estraño, porque en la promesa de no mejorar á los hijos no cabe duda que no son comprendidos los estraños, y ninguno se obliga á mas de lo que quiere obligarse, y si el hijo siente perjuicio *sibi imputet, sibimet irascatur*, por no haber exigido de su padre una promesa mas clara, como lo dispone la ley 39, ff. *de pactis*, por estas palabras: *veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere: in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.*

105 La misma ley 22 manifiesta que la promesa de no mejorar á los hijos no se entiende á los nietos, pues á comprenderlos era ocioso que despues de haber especificado los hijos añadiese ó descendientes: con igual especificacion habla la ley citada 9.ª, tít. 5.º, libro 3.º del fuero real.

106 De lo dicho se infiere no es cierta la doctrina que he referido de Tello, que afirma que la capacidad que tienen los nietos y demas descendientes para ser mejorados por sus abuelos no se la conceden nuestras leyes en consideracion á sus padres, sino por derecho propio inherente á la persona de los nietos y descendientes, porque como he dicho, el derecho que se concede á los nietos viviendo sus padres es el de poder recibir la manda del tercio, pero no la mejora que no puede verificarse en quien no tiene derecho á la legítima, y de consiguiente se convence que el derecho de poder ser mejorado le compete al nieto en contemplacion y *ex persona patris* cuando sucede á su abuelo en representacion de su padre, en cuyo caso le concede la ley el derecho á la legítima, y donde no hay legítima no tiene lugar la mejora, y concluyo esta cuestion diciendo que en el caso de que los nietos vengan á la herencia de sus abuelos en representacion de sus padres me conformo en que la promesa de no mejorar á los hijos comprende á los nietos, porque el representante implica tenga mas derecho que el representado, y si los hijos no podian ser mejorados no lo han de poder ser los nietos, que vienen con el derecho de sus padres.

107 Dije que aun cuando el padre espresare en la promesa de no mejorar, que lo hacia para que sus hijos le heredasen por iguales partes, no se comprendian los nietos en la palabra hijos, porque es compatible que los hijos hereden al padre por iguales partes, y que este pueda disponer

del tercio y quinto en favor de sus nietos. Otra cosa seria si dijese el padre que hacia la promesa para que sus hijos percibiesen íntegramente la legítima íntegra, que en tal caso se manifestaba claramente la voluntad de que le heredasen por entero, como si muriera abintestato.

108 Me reservé examinar la duda de si despues de la pragmática de Madrid del año de 1534 será válido el pacto ó promesa que haga el padre á una hija por causa de matrimonio, de no mejorar á ninguno de sus hijos.

109 Gutierrez, *de jur. conf.*, parte 1.ª, cap. 59, número 14, afirma que ninguno de los que habia visto habian tratado esta cuestion en términos espresos, y resuelve que la promesa de no mejorar á ninguno de los hijos, hecha por el padre á la hija en contemplacion de matrimonio, es nula y de ningun valor, por ser contra la disposicion de dicha pragmática de Madrid, que es la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

110 Acevedo en el número 24 de la presente ley sigue la opinion de Gutierrez, y dice que antes que este la publicase habian conferenciado los dos muchas veces privadamente la materia, pero en el Comentario á la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 6.º, espresamente afirma que aunque conferenció con su conciudadano Gutierrez en esta duda, nunca fue de su opinion, y abiertamente la impugna.

111 Matienzo en la glosa 1.ª á la ley 22, número 6.º y 7.º, defiende que aun despues de la pragmática de Madrid es válida la promesa que el padre hace á la hija por causa de matrimonio de no mejorar á ninguno de sus hijos. Del mismo dictámen es Angulo en la ley 6.ª, glosa 1.ª, número 4.º, cuya opinion á mi parecer carece de toda duda por los fundamentos siguientes.

112 Dos son los fundamentos principales que deben servir de apoyo para resolver esta cuestion, uno es la peticion que hicieron las cortes de Madrid del año de 1534, sobre que recayó la pragmática, y el otro la resolucion de la misma pragmática.

113 La peticion de las cortes, que fue la 101, dice asi: "otro sí, suplicamos á V. M. que las dotes que en estos reinos se dieren no puedan ser mas de la legítima que le vernia á la dotada, si entonces se partieren los bienes del dotador, y que si de hecho mas se mandare ó recibiere público ó secreto, directi ó indirecte, por el mismo caso pase el derecho de la demasía á los herederos, esto sin perjuicio de lo capitulado y contratado hasta agora."

114 Por esta peticion se manifiesta que la solicitud de las cortes se dirigió á que la hija no sacase por razon de dote mayor parte que la que le podia corresponder por su legítima.

115 La pragmática, que es el otro fundamento, fijó su resolucion en prohibir que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, sopena que todo lo que demas de lo aqui contenido diere ó prometiere (segun dicho es) lo haya perdido y pierda, y porque en esto cesen todas fraudes, mandamos que todos los contratos, pactos y promisiones que se hicieren en fraude de lo susodicho, sean en sí ningunos y de ningun valor ni efecto. Hasta aqui la pragmática.

116 Para evitar equivocaciones y proceder con claridad se ha de tener presente que la legítima de los hijos tiene dos acepciones ó significados, á saber, legítima larga y diminuta.

117 La legítima diminuta es el patrimonio del padre sacado del tercio y quinto, la que tambien se llama legítima necesaria, porque necesariamente se ha de dividir entre los hijos por iguales partes.

118 La carga es todo el patrimonio del padre, escepto la quinta parte de que puede disponer por su alma. En esta legítima se comprende el tercio, y por eso se llama en parte voluntaria, por la facultad que tiene el padre de disponer del dicho tercio en favor de cualquiera de sus hijos. Asi lo sienta el Ayora en la parte 3.ª, cuestion 27, número 88. Establecidos estos presupuestos, paso á proponer las razones de la opinion que me he propuesto seguir.

119 Por el pacto ó promesa que hace el padre á la hija de no mejorar á ninguno de sus hijos, ni mejora á la hija, ni esta consigue mas que su legítima, con que es claro que no contraviene á la resolucion de la pragmática, ni aun se desvia de conformarse con la peticion de las cortes.

120 Que por el pacto de no mejorar no salga la hija mejorada es tan evidente, que decir lo contrario seria incurrir en un absurdo vergonzoso, y una manifiesta con-

tradiccion, porque implica que la promesa de no mejorar á ninguno de sus hijos sea mejora de alguno de ellos, asi como lo seria el decir que la promesa de no mejorar á ningun hijo era hacer mejora á alguno de ellos; que la promesa que hiciera el padre de no disponer del quinto en favor de los estraños era dejárselo á los mismos á quienes habia ofrecido no dárselo. Es, pues, fuera de toda duda que la promesa de no mejorar á ninguno de sus hijos que hace el padre, no puede ser mejora respecto de la hija, porque la promesa de no hacer un acto no pude ser ejecucion del mismo, y de consiguiente no puede reputarse como opuesta y contraria á la pragmática. La misma cantidad recibe la hija en el caso de la promesa que sino la hubiera y no hiciese la mejora.

121 La promesa que hace el padre á la hija de no mejorar á ninguno de sus hijos no le da mayor parte en su herencia que si le prometiera darle la legítima que le corresponderia si se hiciera entonces la particion y division, es asi que si entonces se hiciera la division, sacaria la hija la legítima larga, que como se ha dicho comprende la parte del tercio que le corresponderia á prorata y por iguales partes con los demas coherederos, con que por la promesa de no mejorar no puede entenderse mejorada la hija.

122 Que no saldria mejorada la hija en el caso que le prometiera su padre darle aquella cantidad ó parte que le corresponderia si entonces se hiciese la division, es tan manifiesto como que esta fue la peticion que las cortes hicieron á S. M.

123 Si la hija espresa y formalmente renunciase de poder ser mejorada, en virtud de esta renuncia no se inhabilitaria para percibir de la herencia del padre su legítima lata, como nadie lo duda, de que se convence que la legítima larga no es ni se reputa por mejora.

124 Veámos ahora las razones en que funda su opinion Gutierrez, que son tres.

125 La primera es porque la pragmática prohibe que la hija sea mejorada en tercio y quinto tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, y y si valiera el pacto de no mejorar, resultaria la hija mejorada por lo menos tácitamente, respecto de aquella parte del tercio y quinto de que la podia privar su padre, quitándosela y dándosela á otro de los descendientes, y que lleva ademas de su legítima en virtud del pacto si se guardase igualdad entre los hijos, y concluye que no vale el pacto atendida la pragmática si despues se mejora á otro.

126 A esto se satisface con la doctrina establecida arriba, tomada del Ayora, por la que se ve que la parte del tercio que la hija percibe por igual con los otros coherederos no es ni se llama mejora, sino legítima lata, de que no priva la pragmática, ni lo solicitaron las cortes, pues como se ha visto, su peticion se redujo á que no se diera á las hijas por razon de dote mayor porcion que la que les podia corresponder, si entonces se hiciera la division de los bienes de su padre.

127 El mismo Gutierrez reconoce en este fundamento de su opinion que la hija por el pacto de no mejorar no se entiende mejorada cuando ademas del pacto requiere que despues se haga mejora á otro hijo: dice al fin del §. *Igitur non valet pactum hoc atenta dicta lex* de Madrid, *si postea fiat melioratio*, con lo que manifiesta que si despues de haber prometido el padre á la hija no mejorar á ninguno de sus hijos, mejorase á alguno de ellos, en tal caso, si por el pacto de no mejorar retenia la hija la parte del tercio que la cabia por su legítima lata, llevaria ó sacaria mayor porcion de la herencia de su padre que los otros hijos que habian sido privados de su parte del tercio por la mejora hecha despues, no pudiendo dudarse que el sacar un coheredero mayor parte de la herencia que los otros, es ser mejorado en aquella parte que saca de mas.

128 El pretender Gutierrez que en este caso hay mejora contra la pragmática es una confusion tácita y virtual de que no basta que el padre prometa á la hija no mejorar á ninguno de sus hijos, para que ella se repute mejorada en contravencion á la pragmática, sino hace despues mejora formal y espresa á alguno de sus hijos.

129 Esta confesion virtual del Gutierrez deberia ser bastante para no afirmar absoluta y generalmente que por el pacto de no mejorar se entendia la hija mejorada en contravencion de la pragmática, debiendo haber limitado su asercion al caso que despues del pacto hubiera mejorado el padre alguno de sus hijos, pero ni aun en este caso se contraviene á la pragmática.

130 Podria dudarse cómo siendo vá-

lido el pacto que el padre hace con la hija de no mejorar á ninguno de sus hijos ó hermanos de la misma pueda subsistir la mejora que despues haga el padre á un hijo suyo; pero ya queda declarado arriba como la mejora posterior al pacto puede subsistir sin perjuicio del derecho de aquel á quien se hizo la promesa, y solo me resta añadir que supuesto que la mejora posterior es subsistente sin perjuicio de la promesa anterior, si por esta resultaba la hija mejorada cuando el padre mejoraba despues á un hijo, se debia decir que la mejora posterior era nula, porque privaba á la hija del derecho adquirido por la promesa, pues reputándose mejorada la hija incurria en la prohibicion de la pragmática de Madrid; con que si por la mejora posterior resulta mejorada la hija á quien se hizo la promesa, como lo pretende Gutierrez, se debe decir que hecha la promesa á la hija de no mejorar, la mejora que posteriormente se haga es nula y de ningun efecto, por ser en perjuicio de la hija á quien se hizo la promesa.

131 Pretende Gutierrez que el retener y conservar la hija en virtud del pacto aquella parte del tercio y remanente del quinto que el padre le podia quitar y dar á otro hijo, es una mejora tácita, y se engaña, pues aun atendiendo al literal sentido de las voces, el no quitar no es dar, sino dejar lo que se podia tomar, y esto ni es mejora espresa ni tácita, mayormente cuando todos los coherederos sacan partes iguales, y por el mismo hecho de que si el pade no dispone del tercio y remanente del quinto en favor de alguno de sus hijos, todos participan por iguales partes de esta porcion de herencia, se convence que el retenerla no es efecto de alguna mejora, sino de no haberse hecho ninguna, pues la mejora es término comparativo, y no puede verificarse cuando todos perciben por igual.

132 El segundo fundamento se reduce á que la pragmática se hizo en favor de los hijos varones para que fueran de mejor condicion que las hijas en los bienes que no eran ó pertenecian á la legítima, como lo prueba Baeza en el cap. 2.º *de non mel. &c.*, especialmente al número 19 y siguientes, y si valiera el pacto de no mejorar se verificaria lo contrario, por lo que debe decirse que no es valido.

133 Este raciocinio es del todo inconducente para probar la opinion de Gutierrez, pues no se duda que la pragmática se estableció en favor de los hijos varones, y en virtud de ella conservan los hijos la utilidad y beneficio de poder ser mejorados en los bienes libres del padre; pero esta facultad de poder el padre mejorar á los hijos varones, no es incompatible con el no uso de la misma, antes bien dice con ella la mayor conformidad, pues no seria facultad para poder mejorar á los hijos varones, sino obligacion de mejorarlos sino le fuera permitido dejar de hacerles mejora, y en el caso del pacto de no mejorar renuncia el padre de la facultad ó derecho que le competia para hacer mejora de sus bienes, no por la pragmática, porque esta no concede esta facultad, sino la supone la ley 9.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del fuero real, y antes la 1.ª, tít. 5.º, lib. 4.º del fuero juzgo, y ninguna ley se encuentra en nuestro derecho real que prohiba al padre no hacer uso de esta facultad, ni era conforme que la hubiera, pues por el mismo hecho de ser facultad, nace en el padre una libertad que llaman en las escuelas de contradiccion, para hacer ó no hacer el acto á que se dirige la facultad; y asi hablando con propiedad, no se debe decir que la pragmática se ha hecho directamente en favor de los hijos varones, porque al padre nada le concede respecto de ellos, que antes no le fuera permitido, sino en perjuicio de las hijas, á quienes privó de la capacidad que antes tenian por la ley citada del fuero real, y por las de Toro, para poder ser mejoradas por via de casamiento, y de esta privacion resulta á los hijos varones el interés y beneficio indirecto de que sus hermanas no les puedan privar de la parte de los bienes del tercio y remanente del quinto que les corresponde por su legítima larga.

134 El mismo é igual beneficio consigue la hija por el pacto de no mejorar que el que logra el hijo á quien se hace semejante promesa; es asi que el hijo no se reputa mejorado en este caso, con que tampoco debe tenerse por mejorada la hija. Que el hijo no se repute mejorado en el caso que el padre le hizo la promesa de no mejorar á ninguno de sus hijos es fuera de toda duda, pues ademas de que nada consigue sino su legítima larga, se seguiria que cuando el padre hace la promesa de no mejorar general y directamente á todos los hijos, seria preciso decir que en tal

caso todos salian mejorados, lo que seria un conocido absurdo, pues siendo la mejora nombre comparativo, implica pudiera aplicarse á los hijos que dividian la herencia de su padre por iguales partes.

135 El que Baeza diga que la pragmática de Madrid es favorable á los hijos varones, no impide que el pacto de no mejorar hecho en favor de la hija sea válido y subsistente, y lo reconoce el mismo Baeza en el cap. 22, en donde en términos espresos se propone la duda de que si habiendo mejorado el padre á un hijo, y prometido á la hija por via de casamiento que la mejora no se sacaria de la legítima que le pertenecia, sino de las de los otros hermanos, se reputará mejorada contra la disposicion de la pragmática, y resuelve que no.

136 Se hace cargo Gutierrez de esta resolucion de Baeza al número 19 en la solucion al sexto argumento, y pretende interpretarla del caso en que á la hija se le conserve la legítima que le pertenece, deducido el tercio y quinto de todos los bienes del padre, en cuyo sentido no dice oposicion con la opinion de Gutierrez, pero esta esposicion es absurda é inadmisible y aun ofensiva al juicio é instruccion de Baeza, que no podia ignorar que el padre en virtud de la pragmática de Madrid no tiene facultad para privar á las hijas de su legítima diminuta ó necesaria, ni de que de esta legítima jamás se saca la mejora de tercio y quinto, como hasta ahora nadie lo ha dudado de cuantos escritores nacionales ha habido despues de la publicacion de las leyes de Toro, y por lo tanto es injurioso al juicio de Baeza atribuirle esta duda, y ciertamente era bien ocioso el que el padre prometiera á la hija que la mejora hecha á su hermano no se sacaria de su legítima necesaria, pues como se ha dicho ni el derecho real permite que se saque, ni á la hija le resultaba beneficio alguno de la promesa.

137 Tambien es justo decir que las razones que propone Baeza para fundar su opinion no son las mas oportunas y conducentes, y que hay en ellas bastante obscuridad y confusion, por no distinguir entre la legítima diminuta y la larga, y hasta en los términos con que propone la duda se nota cierta confusion que manifiesta la falta de claridad en espresarla, pues dice: qué se ha de responder si un padre mejoró á un hijo (tenia muchos hijos), y por razon de dote prometió que la mejora hecha al hijo se sacára de las legítimas de los otros hijos, y no de la legítima de la hija que entonces iba á casar, á quien queria dar la legítima sólida, si la hija en este caso se reputaria mejorada contra la pragmática.

138 La obscuridad de esta duda consiste en que si el padre habia ya mejorado al hijo cuando prometió á la hija que la mejora no se sacaria de su legítima, sino de la de sus hermanos, la promesa era nula y de ningun efecto, como hecha en perjuicio del hijo mejorado, á quien privaba de la parte del tercio y remanente del quinto que retenia la hija por la promesa de que no se sacase la mejora de su legítima y de la de los hijos, no podia reintegrarse de la parte que no percibia de la hija, porque entonces gravaria á los otros hijos el padre en su legítima necesaria, lo que seria incurrir en un absurdo, como justamente lo advierte Gutierrez en el lugar citado, para persuadir que no en este sino en el anterior sentido debe entenderse la resolucion de Baeza, y si la mejora del hijo y la promesa á la hija las hizo el padre al mismo tiempo, como es preciso suponer para no incurrir en el inconveniente que se ha notado, deberia para mayor claridad poner primero la promesa á la hija de que su legítima no se disminuiria con ninguna mejora, y despues la mejora del hijo.

139 Pretende Gutierrez al número 17, en la solucion al sexto argumento, que Baeza apoya su opinion cuando afirma en el cap. 3.º, que no solo la mejora de todo el tercio y quinto está prohibida por la pragmática, sino tambien la de una parte del tercio y quinto; pero se engaña, porque la opinion de Baeza no es que cualquiera parte del tercio y quinto se entienda y sea mejora, sino aquella que escede de la legítima larga que corresponde á la hija por iguales partes con sus coherederos cuando no ha habido mejora, y asi dice al número 2.º, que cualquiera parte del tercio y quinto que esceda de la legítima, por pequeña que sea, debe considerarse como mejora, porque esta parte se habia de disminuir de la legítima de los demas hijos, y de consiguiente resultaba mejorada la hija, pues la legítima no se puede disminuir sino por la mejora del tercio.

140 El tercer fundamento de la opinion de Gutierrez se reduce á que con ella

vuelve este pacto á quedar sujeto á la disposicion del derecho comun, como lo estaba antes de la ley 22 de Toro, y las cosas con mas facilidad vuelven á su antigua forma, segun la glosa, mayormente no siendo esta opinion estension, pues se funda en una ley posterior, cual es la pragmática.

141 Es tan futil este fundamento, que lo hubiera omitido gustoso sin hacer la mas mínima mencion; pero para que no parezca que callaba lo que me he propuesto referir, lo hago presente sin necesidad de impugnarlo, por ser de aquellos lugares comunes de que usan algunos autores, mas para abultar sus volúmenes que para persuadir sus opiniones.

142 Por último debo advertir desconfiaba tanto Gutierrez de su opinion, sin embargo de haber gastado hoja y media en folio para persuadirla, que en el número 20 confiesa que en la práctica no se atreveria á separarse de la opinion contraria que sabia la aprobaban varios autores prácticos, como Matienzo, Angulo y Acevedo.

143 Concluida la primera parte de la ley que habla de la promesa negativa de no mejorar, paso á la segunda, que trata de la afirmativa de mejorar.

144 Ya queda dicho arriba donde traté de la razon de decidir de la ley en la promesa negativa, que en los mismos casos en que se requiere escritura pública en la promesa negativa se requiere en la afirmativa, y viceversa en los casos que no se necesita escritura pública en la afirmativa, tampoco se necesita en la negativa, por lo que no me detengo en comprobar mas este punto, teniendo por suficiente lo anteriormente espuesto, á que me refiero, ciñéndome á examinar y resolver las dudas peculiares de la promesa afirmativa de mejorar.

145 Sea la primera si la promesa de mejorar por causa de matrimonio, bastará que se haga al hijo, ó será preciso para su irrevocabilidad y permanencia que se haga á la nuera.

146 Antonio Gomez propone esta duda al número 22 en la persona de una hija, y dice que será bastante que la promesa se haga á la hija, con tal que en el pacto ó promesa se haga mencion del yerno ó esposo con quien ha de contraer; pero si la promesa se hacia á la hija, generalmente para que con mas facilidad encontrára con quien casarse, en tal caso no valdria la promesa, porque no mediaba ó no se tenia consideracion á la causa onerosa de un tercero, ni la lesion de este, y entonces quedaba en su fuerza el derecho comun, que prohibe estos pactos.

147 Tello al número 16 afirma que esta ley, que da valor á la promesa de mejorar cuando se hace por causa onerosa, se ha de entender lo mismo que la ley 17, que habla de la donacion ó mejora, esto es, que la promesa se ha de hacer con un tercero, lo que da á entender cuándo pide que se haga por causa onerosa, porque asi la mejora como la promesa de mejorar, aunque se haga por causa de dote, es lucrativa respecto del hijo ó hija, y onerosa respecto del tercero, y se refiere á lo dicho en la ley 17, que se halla al número 69, donde pretende fundar que la donacion por causa de dote es diversa de la que se hace por causa de matrimonio, y para esto cita el capítulo final de las decretales *de sententia et re judicata*, que nada dice menos que aquello para lo que se le trae, pues aunque distingue entre causa de dote y matrimonio, es tomando la palabra causa por litigio ó demanda, y en este sentido nadie duda que son diversas, pero nada dice de la donacion por causa de dote ó matrimonio, tomando la causa por el motivo que impele á hacer la donacion.

148 Lo mas particular es que despues de afirmar que las palabras de la ley 17, "por via de casamiento" no deben entenderse de la dote prometida á la hija ó entregada, porque esta donacion era irrevocable por derecho comun aunque la hija estuviera en la patria potestad, sino de la donacion hecha por el padre al hijo para contratar matrimonio, si se conviene en efecto con un tercero, afirma igualmente que esta donacion es tambien irrevocable por derecho comun, aunque esté el hijo en la potestad del padre, porque semejante donacion se dice y tiene por parte del contrato de dote que da el padre á la hija, á causa de conservar y retener la naturaleza del contrato dotal, si se hace por causa de matrimonio cierto y especificado, á diferencia de cuando la donacion se hace indefinidamente para que la hija pueda encontrar un marido mas rico, ó el hijo una muger, ó para que se casara sin determinar la persona, que en tal caso será irrevocable la donacion si no se contrata y conviene con un tercero, como lo dispone la ley real, y

tambien el derecho comun, porque entonces no es la donacion parte del contrato de dote, ni por aquella razon y causa fue contraido y celebrado el matrimonio. Hasta aqui Tello.

149 De esta doctrina se infiere que propuso inútilmente la diferencia de que la donacion se hiciese por causa de dote ó por causa obvia de matrimonio, caso de que haya tal diferencia, de que hablaré despues, pues tanto en un caso como en otro reconoce que la donacion es válida y subsistente por derecho comun, y que solo deja de serlo cuando la donacion se hace por matrimonio incierto, que en tal caso será revocable, es igualmente inútil proponerlo, si con esto quiere dar á entender que la decision de la ley 17 solo rige para el caso en que la donacion era inválida por derecho comun, pues la donacion que el padre hace á la hija por causa de dote reconoce Tello que era válida por derecho civil, y sin embargo está comprendida en la resolucion de la ley 17.

150 La donacion que el padre hace al hijo emancipado es válida por derecho comun, y no obstante esto la decision de la ley recae igualmente sobre la que se hace al emancipado y al que permanece en la patria potestad.

151 Me reservé hablar de la distincion ó diferencia que establece Tello entre la donacion *pro dote* y por via de casamiento, y digo es absolutamente voluntaria y arbitraria, y en prueba de ello basta tener presente la resolucion de la pragmática de Madrid, que prohibe que nadie pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, con lo que manifiesta que la donacion por via de dote y casamiento es una misma é idéntica cosa, sin la menor diferencia entre sí.

152 De todo lo dicho se convence que la doctrina á que se remite Tello es un conjunto de proposiciones inconducentes y falsas, que nada aprovechan para la presente duda. Veamos ahora si es mas fundada la doctrina que hemos referido del mismo en la ley 22.

153 Asi Gomez como Tello convienen en que si la promesa se hace al hijo ó hija, ha de ser con respecto á la nuera ó yerno con quien ha de contraer, para que sea válida por la ley real, pero no parece estan acordes sobre si la promesa de mejorar hecha directamente á la hija, sin consideracion al yerno, será válida é irrevocable por derecho comun, pues Gomez supone que no, fundado en que es contrato entre padre é hijo; y Tello, como se ha visto, pretende que la dote prometida ó entregada á la hija se hacia irrevocable por la ley *Pomponius Filadelfus* 35, ff. *fa. merc*; pero sea de esto lo que fuere, que nada conduce para la presente duda, asi Gomez como Tello estan de acuerdo que la promesa de mejorar hecha al hijo indefinidamente sin respecto á tercera persona no es válida é irrevocable por la presente ley.

154 Gomez se funda en que por la ley 17 se requiere la intervencion de un tercero, y que no mediando la causa onerosa de tercero y su lesion permanece en su vigor el derecho comun, que anula esta especie de pactos ó contratos.

155 Tello apoya su opinion en que la promesa de donacion ó mejora, respecto del hijo ó hija, es un contrato lucrativo aunque se haga por causa de dote, segun la ley citada *Pomponius Filadelfus*, y solo se llama y es onerosa respecto de un tercero.

156 Nadie creo llegaria á persuadirse que la donacion ó promesa que se hace al hijo para que contraiga indefinidamente matrimonio, sin espresarle con quién, sea contrato lucrativo, obligándose a sostener las cargas del matrimonio, ni deja ser onerosa dicha promesa ó donacion porque no se esprese ó haga relacion en ella de la persona con quien ha de contraerse porque las cargas del matrimonio siempre son las mismas en género, y por eso se define la dote diciendo, que es una donacion que se hace por parte de la muger al marido para sostener las cargas del matrimonio, sin que hasta ahora se haya pretendido que la promesa de dote ó señalamiento de la misma que hace el padre á una hija para cuando se case sea de distinta naturaleza, porque no era para matrimonio determinado, sino para que la hija mas fácilmente se casara ó pudiera encontrar un marido mas rico; á mas que si el hijo ó la hija no pensaban en casarse, y estimulados de la promesa del padre contraen matrimonio, no se puede dudar que en este caso los hijos se sujetan á las cargas del matrimonio en virtud de la promesa; y que estas cargas se entiendan y alcancen tanto al marido como á la muger nadie lo ignora, pues como se pretende que es lucrativa la promesa de mejorar, respecto de

aquel hijo á quien se hace si por ella se le obliga á someterse á las cargas del matrimonio.

157 Ayora en la parte 2.ª cuestion 14, número 43, afirma que la promesa de mejorar que se hace por causa onerosa, no es necesario se celebre con un tercero para que sea irrevocable, y se funda en que la promesa de mejorar es mas eficaz que la mejora, y por esto en la ley 17 se requiere que se haga por causa onerosa con un tercero, y en la 22 solo se pide que intervenga causa onerosa.

158 Prescindiendo de la solidez de la razon de que se vale Ayora para establecer la diferencia, me parece su opinion mas conforme á la letra de la ley 22, que la de Gomez y Tello, pues á mas de que en la ley no se espresa que el contrato sea por causa onerosa con un tercero, despues de poner por ejemplo el contrato por via de casamiento, añade á continuacion ó por otra causa onerosa alguna, con cuyas palabras manifiesta que la causa de la promesa ha de ser onerosa, sin que sea necesario medie interés de tercera persona, pues de lo contrario ó lo hubiera espresado como en la ley 17, ó no habria usado de la generalidad de pedir cualquier causa onerosa. Debe pues decirse que siempre que la promesa de mejorar se haga por causa onerosa, bien sea de matrimonio ú otra semejante, como si mandase ó rogase el padre á un hijo que fuese por él á las Indias á cobrar alguna hacienda ó herencia, ó á otros negocios semejantes, será irrevocable, segun la ley, como sabiamente lo observa Ayora en el lugar citado número 44.

159 Si alguno insiste en que ínterin que no se manifieste la razon por qué en la ley 17 se requiere que el contrato sea oneroso con respecto á un tercero para que la mejora sea irrevocable, y en la ley 22 solo se pide que se haga por causa onerosa para que la promesa de mejorar surta el mismo efecto, se debe entender la disposicion de la ley 17 á la 22, ó mas bien debe esponerse esta por aquella; digo en primer lugar con la ley ff. *de legibus*, *non omnium quæ à mayoribus constituta sunt ratio redi potest*, y en segundo porque los mismos autores que estienden la disposicion de la ley 17 en esta parte á la 22, no estienden la disposicion de la ley 22 en la promesa afirmativa de mejorar á la negativa de no mejorar.

160 Proponen los autores la cuestion de si premuriendo el hijo á quien el padre prometió mejorar, podrá él mismo mejorar á cualquiera de sus otros hijos, y convienen en que si el difunto ha dejado hijos, el derecho del padre se transfirió en ellos; esto debe entenderse si el padre no dispuso del derecho que le competia por la promesa en alguno de sus hijos, nietos del que la hizo, que en tal caso el derecho á la mejora no se transferirá por iguales partes á los nietos, sino determinadamente á aquel á quien el padre premuriente mejoró en el derecho que le competia por la promesa de su padre. La razon de esto es, porque radicado este derecho en el hijo, puede disponer de él en cualquiera de sus descendientes, con arreglo á las leyes que permiten que los padres puedan mejorar á sus hijos en las cantidades establecidas, y no podrá el abuelo mejorar alguno de los mismos, sino que por iguales partes sucederán en el derecho de su padre. Asi lo resuelve Gomez al número 25, Tello en el 19, y Matienzo en la glosa 4.ª, número 3.º

161 No guardan la misma conformidad en el caso de que el hijo premuerto no dejare descendientes y dispusiese á favor de un estraño del tercio de sus bienes, con arreglo á la ley 6.ª de Toro.

162 Antonio Gomez en el lugar citado resuelve que premuerto el hijo á quien prometió mejorar el padre, queda este libre para mejorar á cualquiera de los otros, á no ser que el premoriente deje descendientes, cuya escepcion manifiesta que no dejándolos subsiste su primera resolucion.

163 Matienzo en el lugar citado, y Angulo en la glosa 3.ª, número final, siguen la opinion de Gomez; pero Tello en el número 20 se aparta de esta opinion, y resuelve que aun cuando el hijo premuerto no deje descendientes, estará el padre obligado á cumplir su promesa en la parte que le quepa al heredero del hijo de la promesa que le hizo el padre de mejorarlo, cuya opinion me parece mas fundada en el sentido que diré.

164 Dos son los puntos sobre que puede recaer la duda en este caso, á saber, si el hijo pudo disponer de la tercera parte de la mejora que le prometió su padre á favor de un estraño con arreglo á lo prevenido en la ley 6.ª de Toro, y el otro si el padre podrá mejorar á cualquiera de sus otros hijos en el remanente de la me-

jora de tercio y quinto, deducida aquella tercera parte de que el hijo dispuso en el estraño.

165 En cuanto al primer punto me conformo con la opinion de Tello en que el hijo tuvo facultad para disponer de la tercera parte de la mejora en el estraño, y este tendrá derecho para exigirla.

166 Es innegable que la promesa que el padre hizo al hijo de mejorarlo por via de casamiento incluía en sí la condicion de que se efetuara el matrimonio, como espresamente se dispone en la ley 21, ff. *de jure dotium*, donde hablando de la estipulacion dela dote dice asi el jurisconsulto Ulpiano: *stipulationem quæ propter causam dotis fiat constat habere in se conditionem hanc, si nuptiæ fuerint secutæ, et ita demum ex ea agi posse quamvis non sit expressa conditio, si nuptiæ constant*; con que verificada la condicion de haberse celebrado el matrimonio, la convencion entre el padre y el hijo se hizo un contrato real y verdadero por hallarse ejecutada la causa porque se hizo la promesa, del cual nace una accion civil, en virtud de la que puede compeler al promitente á que le cumpla la promesa, como lo manifiesta la misma ley citada, y uniformemente lo enseñan los comentadores de las Instituciones de Justiniano en el lib. 3.º, título 14 *de oblig.*, y á mayor abundamiento tenemos la ley 22, que hace irrevocable la promesa.

167 Esto asi supuesto resta examinar si la accion que al hijo le ha nacido de este contrato es transmisible á su heredero.

168 Nadie ignora que el heredero es sucesor de todo el derecho que competía al difunto; con que teniendo el hijo accion para haber exigido de su padre la mejora, es claro que esta accion se ha transferido en su heredero, ley 24 *de verb. sign.*, y la 59 y 62 *de reg. jur.*, y la 9.ª, §. 12, ff. *de hered. inst.*

169 Heineccio en las Reelecciones á las Instituciones de Justiniano en el libro 4.º, tít. 12, *de perpetuis et temp. act.*, propone la regla para conocer las acciones que competen al heredero, y dice que todas las acciones, ya sean prosecutorias de la cosa, ya penales, competen á los herederos, á no ser que se dirijan a solo la vindicta, ó no interesen especialmente al autor, y á continuacion de la razon de esta regla, porque lo que falta al difunto falta al heredero, saca esta consecuencia, luego el heredero puede pedir aquello que podia el difunto. El heredero sucede en todos los derechos del difunto, luego lo que se le debia al difunto, sea por derecho *in re*, ó por derecho *ad rem*, se le debe al heredero.

170 Que las acciones que nacen de los contratos sean y se llamen prosecutorias de la cosa lo declara el mismo Heineccio en el §. 11, tít. 2.º de las Reelecciones, lib. 4.º, tít. 6.º, en donde define estas acciones, diciendo son aquellas con las que pedímos lo que se nos debe, ó lo que nos falta de nuestro patrimonio, de cuya definicion infiere son acciones prosecutorias de la cosa todas las reales y las que nacen de la equidad natural de los pactos y de los contratos.

171 Vinnio en el libro 4.º, tít. 12, *Inst. de perpetuis et temp. act.*, §. 1.º, establece y funda la misma doctrina que he referido de Heineccio.

172 Sentados estos principios, que son otros tantos dogmas en la jurisprudencia, se infiere por consecuencías necesarias que el hijo pudo disponer á favor de un estraño, nombrándolo por su heredero de la tercera parte del derecho que le correspondia por la promesa de mejorarlo que le hizo su padre, y que el heredero en calidad de tal se halla revestido de la accion competente para exigir del padre del testador la tercera parte de la mejora correspondiente á su herencía, no menos que podria pedir al padre la tercera parte de cualquier cantidad que por diverso título debiere á su hijo, caso que este nombrase por heredero á un estraño.

173 Son estas unas verdades demasiado claras para que se pueda dudar de ellas de buena fé; pero sin embargo voy á convencer á los contrarios con sus propias razones.

174 Confiesan estos autores, como ya he notado arriba, que si el hijo mejorado deja hijos ó descendientes no puede el padre del difunto mejorar á ninguno de sus otros hijos, sino que precisamente deberá hacer la mejora á los nietos descendientes del hijo que ha premuerto, y se fundan en que los nietos representan la persona del padre y le suceden en el derecho que le competía.

175 Si por esta representacion de la persona del padre entienden el derecho que los corresponde á los nietos en la herencia de sus abuelos, muertos sus padres, es totalmente importuna para el caso de la disputa, porque aqui no se trata de que los nietos su-

cedan en la herencia de sus abuelos, sino de cobrar y repetir los débitos de estos, á mas que hablando con propiedad, ni aun cuando el nieto por haber premuerto su padre sucede á su abuelo, se debe decir que representa la persona de su padre, porque el nieto en este caso ocupa el lugar de su padre, pero no representa su persona, como sábiamente lo advierte el señor Castillo, libro 3.º, *Controv.*, cap. 19, número 162 y 63, y se convence de las varias disposiciones de derecho, y entre ellas por mas comun baste el §. 2.º, *Inst. de exhered. lib.*

176 Se dispone en este texto que para precaver que con la cuasi agnacion no se rompa el testamento del abuelo, instituya este ó desherede á los nietos que estan bajo de su potestad, aunque les precedan sus padres, porque si estos premueren al testador, ó salen de su potestad, entran los nietos á suceder en su lugar, y consiguen los derechos de herederos del abuelo, y si no se hallan instituidos ó espresamente desheredados, romperán el testamento del abuelo.

177 Por este texto se ve que el nieto, faltando su padre, debe entrar á ocupar su lugar, *sed si filius ejus vivo eo moriatur..... incepit nepos, nepotis vi, in ejus locum succedere, et comodo cura suorum heredum, quasi agnatione nanciscitur.*

178 Que suceder en lugar de su padre no sea representar su persona se hace manifiesto por la misma necesidad y precision que establece el texto citado, y tambien la ley 2.ª, C. *de lib. pret. vel exhor.*, de instituir ó desheredar al nieto que le precede su padre para que en caso de faltar este no rompa el testamento *quasi agnascendo*, como lo rompe el póstumo por la verdadera agnacion, pues si se representara su persona instituido el padre heredero, era ocioso instituir al hijo para en defecto de este, y al contrario desheredado el hijo no podia el nieto suceder á su abuelo, representando la persona de su padre, porque el que representa la persona de otro se reviste de todas las cualidades del representado, como entre otros lo afirma el señor Castillo en el lugar citado, número 164.

179 Que desheredado el hijo queda el nieto espedito para suceder á su abuelo se infiere claramente de los textos ya citados, y á mas lo resuelven espresamente las leyes 10 y 11, ff. *de bonis liberorum.*

180 No es, pues, por representar la persona de su padre por lo que los nietos en el caso de la disputa consiguen del abuelo la mejora del padre, no es tampoco por suceder en lugar de su padre, porque la sucesion en lugar de otro, como se ha manifestado, es para la legítima ó sucesion necesaria, y el nieto en el caso presente no adquiere la mejora como heredero de su abuelo, sino de su padre, como lo dice Matienzo, glosa 41, número 3.º, y en prueba de ello podria el padre dejar toda la mejora á uno de sus hijos si cabia en su patrimonio, lo que no podria hacer si la mejora del abuelo se reputaba que pasaba en calidad de tal á los nietos, que en tal caso se repartiria por partes iguales entre ellos: no queda, pues, otro título en virtud del cual se transfiere el derecho del padre en el hijo que el de la sucesion testamentaria ó intestada.

181 No pudiéndose señalar otro título es indispensable reconocer que los mismos derechos que transfiere la sucesion testamentaria en los descendientes, transfiere en los estraños, pues la definicion ó descripcion que hacen las leyes citadas arriba del heredero no distinguen en este punto, sino que generalmente lo suponen sucesor en todos los derechos pertenecientes al difunto.

182 Se dice contra esto que el heredero estraño no es capaz de mejorar, y sí los descendientes, y por esta causa el derecho del padre acerca de ella se transfiere en estos y no en aquel.

183 Antes de responder directamente á esta razon de diferencia, valiéndome de la misma digo, que segun ella, deberá transferirse en el estraño la parte correspondiente á la mejora del quinto, porque de esta es capaz el heredero estraño, y de consiguiente por la misma razon que traen en su favor los contrarios se convence que su opinion, en cuanto á la mejora del quinto, es falsa y destituida de fundamento.

184 Para conocer la poca solidez de la razon en que se fundan basta advertir que no es lo mismo recibir los bienes de la mejora que ser mejorado; para lo primero solo se requiere la capacidad de adquirir por alguno de los títulos establecidos por derecho, y para lo segundo ser heredero forzoso del mejorante hablando en sentido propio.

185 El hijo por la promesa del padre adquirió un derecho irrevocable á ser mejorado; pero este mismo derecho, transferido en su heredero, no es mejora, sino he-

rencia del hijo. Una vez radicado en el hijo el derecho á ser mejorado, disponiendo de él en favor de un estraño, bien sea por testamento ó por contrato entre vivos, no se reputa ya como bienes del padre, sino como patrimonio propio del hijo, con libre facultad de disponer en quien le parezca, pues de lo contrario se seguiria que un hijo mejorado que sobreviviese á su padre, no podria disponer de los bienes comprendidos en la mejora en favor de un estraño, y mucho menos de los que le pertenecieron por razon de legítima, porque se consideraria el estraño por mejorado, y aun por heredero forzoso del padre que dejó la legítima á su hijo.

186 Si se pretende eludir la fuerza de este argumento diciendo que en el caso de sobrevivir al padre el hijo ya se ha radicado en este el derecho á aquellos bienes, y por lo tanto deben reputarse por propios del hijo, sin atender al principio ó raiz de donde dimanan, se responde que no es menos irrevocable el derecho que adquiere el hijo por la promesa del padre para ser mejorado que el que se transfiere en cualquier hijo mejorado por la muerte de su padre; con que si en este caso los bienes de la mejora se reputan como patrimonio del hijo, es indispensable reconocer que debe decirse lo mismo en el caso que el padre sobreviva al hijo mejorado.

187 Ayora en la parte 2.ª, cuestion 34, propone una duda, cuya resolucion confirma lo que acabo de esponer en la antecedente.

188 Pregunta si habiendo mejorado un padre á un hijo en el tercio y quinto por contrato oneroso, y señalándole en cosa cierta la mejora, y que lo que valiere de mas fuere á cuenta de la legítima, y posteriormente falleciese este hijo en vida de su padre, sin dejar hijos ni descendientes, habiendo vendido y consumido la heredad que se le dió, la cual valia mas que el tercio, quinto y legítima, ¿qué remedio tendrán los otros hijos contra el poseedor de esta heredad que vendió el hijo mejorado en ella, y cuánta parte podrán pedir de la misma? Y responde que en cuanto al valor de la mejora de tercio y quinto nada pueden pedir contra su hermano, ni contra sus herederos, porque en cuanto á uno y otro valió la donacion ó mejora *irrevocabiliter*, siendo capaz del quinto, como cualquiera estraño, y del tercio como hijo á quien se puede mejorar en él, como lo dispone la ley 9.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del fuero real, y la 17 de Toro.

189 En cuanto á la legítima y esceso que valiere mas la heredad no valió la donacion, habiendo muerto el hijo antes que el padre sin dejar descendientes, porque se presume dado bajo la condicion de sobrevivir al padre, pues no hay herencia de un vivo, ni el hijo tiene la legítima, ni se le debe en los bienes del padre viviendo este, de que concluye que todo lo que recibió el hijo por título de donacion fuera del tercio y quinto está obligado á volvérselo á sus hermanos, por ser legítima de ellos.

190 Por esta resolucion de Ayora se ve que los hermanos del hijo mejorado que premurió á su padre no pueden repetir de los herederos del difunto los bienes comprendidos en la mejora del tercio y quinto, fundándose en que en dichos bienes se hizo irrevocable la donacion por la tradicion, ó por la causa con que se dió; con que haciéndose igualmente irrevocable la promesa de mejorar por contrato oneroso, es claro que del derecho que por ella le compete pudo disponer el hijo en favor de cualquier estraño sin que sus hermanos puedan reclamarlo.

191 Debo advertir que Febrero en la segunda parte de su Librería, lib. 2.º, capítulo 2.º, §. 1.º, número 42, proponiendo el mismo caso que he referido de Ayora, pregunta si los coherederos podrán reevindicar lo del comprador en la parte que el valor de la donacion escedió á la legítima y mejora, y responde lo siguiente: parece que sí, segun afirma Ayora, parte 2.ª, cuestion 34, fundándose en que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, porque mientras vive ni hay herencia, ni puede tener heredero de hecho, ni hasta que muera se le debe la legítima. Hasta aqui Febrero.

192 En cuyo relato se advierte la equivocacion con que procede Febrero, atribuyendo á Ayora por fundamento de su resolucion que se entiende mejorado con la condicion de que sobreviva á su padre, lo que es tan contrario á la resolucion de Ayora, que antes este autor defiende que de los bienes comprendidos en la mejora no compete repeticion á los coherederos, porque la mejora se hizo irrevocable; con que mal podria fundar su resolucion en que el hijo se entendia mejorado con la condicion

de sobrevivir á su padre, que no se verificó.

193 El mismo Febrero en el lugar citado pretende contra la opinion de Ayora, que hasta en la parte que la donacion comprendia la legítima se hace irrevocable, y sin embargo en el §. 3.° del lugar citado, número 93, tratando de la mejora que hace el padre á un hijo, dice que si este remitió el pacto y derecho en su virtud adquirido, y murió en vida del padre sin dejar descendientes, puede el padre mejorar á cualquiera de los otros hijos; pero no si dejó hijos, ú otros descendientes legítimos, porque entonces estará obligado á mejorar todos sus nietos, hijos de este hijo.

194 De cuya asercion se infiere que Febrero en el caso de la disputa opinaba como Tello Fernandez, pues el decir que si el hijo no dejaba descendientes podia el padre mejorar á cualquiera, nacia de que el caso que se propuso resolver era de que hubiera el hijo remitido el pacto y derecho en su virtud adquirido; pero si el caso fuera como el de la disputa no podria menos de resolver como Tello, guardando consecuencia con lo que habia dicho, siguiendo la opinion de Ayora en el caso de que el hijo hubiera enagenado los bienes de la mejora y premuerto á su padre que no tenian los herederos de este repeticion contra los del hijo, por ser irrevocable la donacion.

195 La otra duda ó punto es de si el padre podrá mejorar á cualquiera de los otros hijos en el remanente de la mejora de tercio y quinto, rebajada alguna tercera parte de que el hijo dispuso en favor de un estraño, y parece que sí, pues aunque el padre no puede hacer en vida y muerte mas que una mejora de tercio y quinto, como de la que hizo al hijo que premurió se reintegró en las dos terceras partes por razon de herencia, es claro que el patrimonio del padre solo se disminuyó por razon de la promesa de mejorar en la tercera parte que se transfirió en el estraño, y de consiguiente tiene el padre la facultad de poder volver á disponer de dos terceras partes de la mejora del tercio en favor de sus hijos ó descendientes, y de dos terceras partes del remanente del quinto en favor de los estraños, pues de lo contrario se seguiria quedaba el padre privado de disponer de todo el tercio y quinto de sus bienes contra la disposicion de las leyes que le conceden esta facultad.

196 Dice Gomez al fin del número 24 que dejando hijos el hijo á quien su padre ha hecho la promesa de no mejorar á ninguno de sus hermanos, podrá mejorar á cualquiera de los nietos hijos del premuerto á quien se habia hecho la promesa, y en el número 25, hablando de la promesa de mejorar, hecha á un hijo que igualmente premuere á su padre, dice que si este hijo deja hijos ó descendientes no podrá el abuelo mejorar á ninguno de ellos, porque todos representan la persona de su padre, y deben participar por iguales partes de la mejora hecha á este, en cuya diversidad de resoluciones aparece alguna contradiccion, porque lo mismo representan los hijos al padre en la promesa negativa que en la afirmativa, y si en esta deben todos participar por iguales partes del beneficio de la promesa hecha al padre, no parece hay razon para que en aquella no disfruten todos del beneficio.

197 El abuelo en el caso de la promesa negativa, si mejora á cualquiera de sus nietos, priva á los otros de la parte que les cabia en virtud de la promesa hecha á su padre: un ejemplo lo hará perceptible: el padre que hizo la promesa de no mejorar tenia dos hijos, y el que premurió de estos dejó otros dos; si mejora á uno de ellos priva á su hermano de la mitad de aquella parte de tercio y quinto que pertenecia á su padre en virtud de la promesa de no mejorar, asi como en el caso de la promesa de mejorar, si el abuelo mejorase á uno de sus nietos quedaria el otro privado de la parte de la mejora que correspondia á su padre en virtud de la promesa, pues asi en un caso como en otro, los nietos son herederos forzosos de los derechos de su padre, á quien suceden, y deben dividirse por iguales partes la hacienda.

198 Otra cosa seria que en el caso de la promesa negativa el abuelo pudiese mejorar á uno de sus nietos en perjuicio de los otros hijos hermanos del premuerto, que en tal caso seria válida la mejora por la misma razon que hemos dicho arriba, que el padre puede mejorar á cualquiera de sus hijos despues de haber prometido á uno de no mejorar, con tal que la mejora se haga sin perjuicio de lo que le corresponde al hijo á quien se hizo la promesa, porque en tal caso, el otro nieto, hermano del mejorado, ningun perjuicio sentia en la parte que al mismo le pertenecia.

199 Dice Matienzo en la glosa 1.ª, número 5.º de esta ley, que si el hijo á quien se hizo la promesa de no mejorar á otros, remite la promesa, ó premuere á su padre, ningun perjuicio se le seguirá á la muger de este hijo, porque esta ya adquirió derecho á la promesa, del que no se le puede privar sin su consentimiento, y cita la ley *si post mortem*, ff. §. final, *de bonor. posess. cont. tab.* y á Gomez en el número 23.

200 Esta asercion de Matienzo en el caso de la premoriencia es conocidamente absurda y nacida de falta de reflexion. El hijo que premuere á su padre, que le hizo la promesa de no mejorar, nada percibe de presente sino el derecho de no ser privado de su legítima lata, cuyo derecho, premuriendo el hijo á su padre, no puede permanecer en la muger, pues no es heredera de su marido, y caso que lo fuera, segun la opinion de Matienzo (que dejo impugnada en la duda precedente) no era capaz de heredarlo en este derecho. Tampoco basta el que la promesa se hiciese á la muger, porque no á esta, sino al hijo, es á quien se habia de dejar la legítima larga, asi como el que estipula para otro no adquiere para sí, sino para el que estipula.

201 Pero aun se persuade mas claramente lo irregular de la opinion de Matienzo si se reflexiona que por la promesa de no mejorar el derecho que adquiere el hijo es para en caso que sobreviva á su padre no poder ser privado de su legítima íntegra, con que premuriendo, asi como pierde la legítima necesaria ó derecho á ella, tambien ha de perder el que tenia á la lata, y de pretender conservar este derecho en la muger se seguiria que un estraño era capaz de legítima en concurrencia con los otros herederos legítimos, lo que hasta ahora no se ha oido.

202 La cita que Matienzo hace del Gomez para confirmar su opinion está del todo equivocada, porque Gomez no propone el caso en el hijo, sino en el yerno, y dice que si este remite el pacto ó promesa de no mejorar á los otros hijos, ó de mejorar á la hija, ó muere el yerno antes que el suegro, conserva la hija el derecho á que se le cumpla la promesa, pues aunque el marido haya sido la causa de la adquisicion, despues que la hija adquirió el derecho en virtud del pacto de su marido, no se le puede privar de él sin su consentimiento.

203 Se ve en el caso propuesto por Gomez, que quien adquiere el derecho es la hija, y esta sobrevive á su padre, con que nada tiene de estraño que conserve el derecho de que su padre no pueda mejorar á otro hijo en su perjuicio, si la promesa fue negativa, ó de que la mejore si fue afirmativa, pues el que haya premuerto el marido, ó remitiese el derecho adquirido por su muger, no le perjudicaria mas á esta que si la enagenase los bienes que la muger trae al matrimonio sin su consentimiento, ó premuriera el estipulante á aquel para quien habia estipulado.

204 La ley que en apoyo de su opinion cita Matienzo habla del caso de que en uno haya llegado á radicarse cierto derecho, y en el caso propuesto por Matienzo queda demostrado que jamás se radicó en la muger del hijo el derecho que este tenia de que su padre no pudiese mejorar á ninguno de sus hermanos.

205 He dicho que la opinion de Matienzo era absurda en el caso de la premoriencia del hijo, para manifestar no debia decirse lo mismo en el caso de la renuncia, porque haciéndose esta por el hijo sin consentimiento de su muger, es claro que dicha renuncia es nula y de ningun efecto, como hecha en perjuicio de tercero, cual es su muger, que tiene derecho á que durante el matrimonio no se prive su marido voluntariamente de la accion que le compete contra su padre en virtud de la promesa, que aunque sea hecha al hijo directamente, virtual é indirectamente cede en beneficio de la muger y de sus hijos, pues cuanto mayor sea el capital del marido, mas parte cabrá á la muger por sus arras, como sábiamente lo observa Angulo, *de melior.*, en la ley 6.ª, glosa 10, en donde dice que frecuentemente se hacen esquelas y papeles privados entre padres é hijos, por los que prometen estos no usar de las mejoras y promesas que se les hace, cuyos pactos, como hechos en fraude de las mugeres y del derecho que les corresponde, los reputa por nulos Molina, *de prim.*, lib. 4.º, cap. 2.º, número 17.

206 Tambien saldria perjudicada la muger en los gananciales, pues á proporcion del mayor capital se espera mayor ganancial, y sobre todo si la promesa de no mejorar se hizo por contrato oneroso para que el hijo contrajese el matrimonio, tiene un manifiesto y claro derecho la mu-

ger á que el marido no renuncie de la promesa en virtud de la cual prestó su consentimiento para el matrimonio.

207 Así lo afirman tambien Tello en la ley 17, número 73, Gutierrez, *de jur. conf.*, cap. 59, número 13, y Acevedo en esta ley, número 20, debiéndose estender esta doctrina tanto al caso de la promesa ó pacto afirmativo como del negativo, por militar en entrambos la misma razon, y ser aun mayor la utilidad que resulta á la nuera del pacto afirmativo que del negativo.

208 Por último, es duda acerca de esta ley si en la promesa de mejorar ó no mejorar será necesaria la aceptacion del hijo á quien se hace la promesa de no mejorar á los otros, para que dicha promesa se haga irrevocable.

209 La resolucion de esta duda no es de tan fácil espedicion como á primera vista aparece, si se atiende á la variedad con que opinan nuestros escritores acerca de si la promesa antes de su aceptacion por el promisario, nacida de la decision de nuestra ley real del ordenamiento inserta en la 3.ª, tít. 16, lib. 5.º de la Recopilacion, en donde se dice que pareciendo que uno quiso obligar á otro, quede obligado; cuya espresion indica debe entenderse de la promesa antes de su aceptacion, pues despues de ella ya se reviste de la naturaleza de pacto, que es el convenio de dos ó de mas en una misma cosa, el cual es obligatorio por derecho canónico en el fuero interno y esterno, y tambien lo es por derecho natural; pero prescindiendo ahora de entrar en una discusion tan prolija y delicada, y en que por el detenido examen que he hecho de ella, cotejando los fundamentos que por una y otra parte alegan nuestros mas célebres autores nacionales, he formado dictámen de que por la referida ley del ordenamiento la simple promesa antes de su aceptacion permanece revocable, tanto por derecho natural como real, cuya opinion tiene un poderoso apoyo en la ley 17, 44 y la presente, en las que siendo posteriores á la ley del ordenamiento, se dispone que así las mejoras como las promesas de mejorar y la fundacion de mayorazgos que se hayan hecho por contrato entre vivos por causa onerosa, ó no se haya dado la posesion de la cosa ó entregado la escritura, sean revocables; de que se deduce por una consecuencia legítima que la aceptacion del donatario ó mejorado, ni del promisario, ni de aquel á cuyo favor se ha fundado el mayorazgo, hace irrevocable la promesa, pues de lo contrario habrian añadido dichas leyes la aceptacion de los interesados á las tres escepciones que pusieron á la regla que habian establecido, de que las mejoras, promesas de mejorar y fundacion de mayorazgos se pudiesen revocar, á no haberse hecho por contrato entre vivos por causa onerosa, ó entregado la posesion de la cosa ó la escritura ante escribano, y por lo tanto, ciñéndome á lo literal de la presente ley, debe decirse que no solo antes de la aceptacion es revocable la promesa, tanto de mejorar como de no mejorar, sino que tambien lo es despues de aceptada en los casos no comprendidos en la escepcion que pone esta ley, y las dos citadas de Toro.

Ley XXIII de Toro; es la 7.ª, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Cuando el padre ó la madre por contracto entre vivos, ó en otra postrimera voluntad ficiere á alguno de sus fijos ó descendientes alguna mejoría del tercio de sus bienes, que la tal mejoría aya consideracion á lo que sus bienes valieren al tiempo de su muerte, y no al tiempo que se fizo la dicha mejoría.

COMENTARIO

á la ley 23 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando los padres mejorasen en el tercio de sus bienes alguno de sus hijos, bien sea por contrato entre vivos ó en última voluntad, se haga la regulacion de dicho tercio por la estimacion que tenian los bienes al tiempo de la muerte del que hizo la mejora, y no por lo que valian cuando se constituyó.

2 Parecerá escusada y ociosa la resolucion de esta ley, despues que por la 19 se determinó que si el tercio ó quinto se dejaba en cosa cierta, se redujese su valor al que tenian los bienes del testador al tiempo de su muerte; pero sin embargo, como la resolucion de la ley 19 hablaba solo del caso en que la mejora se habia dejado en cosa cierta, resaltaba una justa razon de dudar si cuando la mejora del tercio no se habia señalado en cosa cierta, debia obser-

varse la misma regla, ó por el contrario se habia de atender al valor que tenian los bienes al tiempo que se habia hecho la mejora; en declaracion pues de esta duda se formó la presente ley, por la que se estableció que para el caso en que la mejora se hubiese hecho en alguna cuota de bienes ó en cosa incierta, se atendiese igualmente para regular su valor á la estimacion que tenian los bienes al tiempo de la muerte del que la ejecutó.

3 Para mayor claridad de esta materia, y precaver la duda que puede originarse de la diferencia de mejoras, se debe tener presente que estas se pueden constituir, segun Tello en la ley 17, número 120, de tres modos: primero, cuando se hacen generalmente espresando la cuota, como si dijera en el tercio: segundo, cuando son de cosa cierta, y del valor de ella dice se infiere la mejora, que es lo mismo que si dijera, que del valor de la cosa se debia venir en conocimiento de si la mejora era de tercio ó quinto, ó de uno y otro: tercero, cuando se hacen generalmente *in quota*, y se asigna una cosa determinada para satisfacerla.

4 A estos tres modos debe añadirse el cuarto, que se verifica cuando el padre lega ó hace donacion de cosa determinada á uno de sus hijos, cuya donacion se reputa por mejora, segun la ley 26 y 29 de Toro, y se llama tácita, y tiene los mismos efectos que el segundo modo de mejorar que se ha referido de Tello, sin otra diferencia que en aquel se usa de la voz mejora, y en este de la donacion, manda ó legado.

5 Resumiendo esta doctrina, debe decirse que toda mejora es tácita ó espresa. La tácita es la que se hace de cosa cierta y determinada, bajo el nombre de donacion, manda ó legado. La espresa puede ser de cuota, esto es, de una parte de los bienes, como la tercera ó la quinta, ó de cosa cierta y determinada, como tal fundo, tal casa.

6 Tanto en la mejora espresa de cosa cierta como en la tácita, que por lo comun es de cosa cierta ó cantidad determinada, como si la manda ó donacion se hiciese de dinero, se ha de observar la regla que si el valor de la cosa señalada no escede del de el tercio de los bienes del donante ó testador, se ha de considerar antes mejora del tercio que del quinto, por presumirse, como dice Ayora, *de parti.*, parte 2.ª, cuestion 4.ª, que el padre mas bien quiso privarse de disponer del tercio que del quinto, del que era libre para disponer a favor de los estraños, ó de los hijos, como mejor le pareciere. De la misma opinion es Febrero en su librería de Escribanos, parte 2.ª, lib. 2.º, capít. 2.º, §. 1.º, número 41. Lo que parece indicar la ley 26, cuando disponiendo que las donaciones se reputen por mejora, primero refiere la del tercio que la del quinto, como dando á entender que solo despues de haberse completado el valor del tercio debia la donacion entenderse tambien mejora del quinto, asi como despues de imputarse en el tercio y quinto quiere que el sobrante de la donacion se impute en la legítima.

7 El que la mejora tácita ó espresa de cosa cierta se repute antes mejora del tercio que del quinto no es para que se supla de los bienes del donante ó testador, hasta completar íntegramente el valor del tercio si la donacion era de menos valor; la mejora de cosa cierta no se regula por el valor que tienen los bienes del testador al tiempo de su muerte para aumentarla, sino para disminuirla si fuere de mayor valor que el que correspondia.

8 De lo dicho se infiere que la mejora de cosa cierta es distinta de la que se hace *in quota*. Esta mejora de cosa cierta puede ser tácita ó espresa, y puede hacerse con señalamiento de cuota ó sin él. La mejora de cuota es espresa ó tácita, porque no hay dificultad en que se haga tácitamente, como si dijera el donante ó testador doy á mi hijo fulano la tercera parte ó el cuarto de mis bienes, y puede tambien hacerse con señalamiento de cosa cierta. De esto se comprende que no siempre que se señala cosa cierta para la mejora, se ha de tener por mejora de cosa cierta, ni siempre que se señala cuota por de cuota. Dos ejemplos pondrán en claro este punto.

9 Cuando el testador dice mejoro en el tercio de mis bienes á fulano, y lo asigno tal fundo, hay señalamiento de cuota y de cosa cierta, y sin embargo la mejora no es de cosa cierta, sino de cuota, porque como dice Gomez en la ley 17, número 14, la cuota en este caso pertenece á la substancia de la disposicion, y el señalamiento de la cosa á la ejecucion de esta, para manifestar los bienes de que es su voluntad se saque y satisfaga la mejora. Lo contrario sucede cuando el

testador dice mejoro en tal fundo á mi hijo, y que se le impute en el quinto de mis bienes. En este caso sin embargo de que hay señalamiento de cuota, la mejora es de cosa cierta, porque á esta se dirigen inmediatamente la mejora, y de consiguiente pertenece á la substancia de la disposicion, como se ha dicho antes, y la cuota á la ejecucion del acto, porque su señalamiento se hace despues de perfecta la disposicion, á fin de que por ella se regule la mejora si acaso la cosa señalada escede del valor de la cuota al tiempo de la muerte del testador, como espresamente lo dispone la ley 19, y lo sienta Gomez en el lugar citado. Esta misma doctrina en cuanto á la mejora que se ha de entender de cuota ó de cosa cierta, sigue Angulo *in comentaria ad leges meliorationum*, *lege* 1.ª, glosa 7.ª, número 4.º y 5.º

10 Como nuestros autores jamás se olvidan de cotejar las disposiciones del derecho civil con el real para notar su conformidad ó diferencia, dice Tello en el número 3.º y Matienzo en la glosa 2.ª, número 4.º de esta ley, que la donacion que se hacia de cosa cierta sino era inoficiosa al tiempo que se constituía, era y permanecia válida por derecho civil, aunque posteriormente se disminuyesen las facultades ó bienes del donante, lo que no sucede segun los mismos por derecho real. Pero suponiendo sea cierta la disposicion del derecho civil, lo que no es del caso examinar al presente, lo que no se puede negar es que no hay ley espresa que lo determine, y caso que la hubiese siempre seria importuna la paridad para el caso de esta ley entre la donacion que no era inoficiosa por derecho civil, y la mejora que escedia el valor que le correspondia con arreglo á lo que valian los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque la donacion era inoficiosa siempre que no escedia de una cantidad determinada, que el principio fue de 300 sueldos, y despues se aumentó hasta 500 por la ley última C. *de dondtionibus*, cuyo aumento siguió la ley 9.ª, tít. 4.º, P. 5.ª, quedasen ó no muchos bienes al donante, y en la mejora no se atiende á cantidad determinada, sino á la cuota que se ha de regular, no por los bienes que constituían la mejora, sino por los que restaban al tiempo de la muerte al testador. A mas de esto es falso que la donacion de cosa cierta que no era inoficiosa al principio no se revocase por derecho civil, disminuyéndose los bienes porque ó tenia hijos el donante ó no. En este caso ni por derecho civil ni real se revocaba. En el primero se revocaba si tocaba á las legítimas, ley 1.ª y 8.ª, C. *de inofficiosis donationibus*, y la ley 8.ª, tít. 4.º, P. 5.ª, y Gomez *de donationibus*, capítulo 4.º, número 11 y siguientes.

11 Aunque la mejora de cosa cierta es distinta de la de cuota, sin embargo se puede decir que cuando la de cosa cierta se hace con señalamiento de cuota hay caso en que el efecto participa de una y otra; tal es por ejemplo la mejora que se hace de cosa cierta con señalamiento de tercio ó de cuarto por cuota, y la cosa señalada escede el valor de la cuota, que en tal caso la mejora será de cosa cierta para que en aquella cosa, y no en otra, se verifique la mejora, y será de cuota para que no sea válida en la parte que escede de la cuota señalada, á diferencia de la mejora que se hace de cosa cierta sin señalamiento de cuota, la que debe valer aunque esceda del tercio y alcance al quinto, y si aun escede debe imputarse en la legítima en virtud de la ley 26, que espresamente lo dispone asi para la mejora tácita.

12 No será ocioso tocar aqui la duda que propone Gomez en el cap. 11, *de qualitatibus contract.*, número 11, reducida á si será válida la mejora que se haga indefinidamente bajo estas palabras: mejoro á mi hijo fulano: resuelve Gomez que es válida, y que debe entenderse hecha del tercio y cuarto por los fundamentos que alli alega con alguna confusion. Mi dictámen es, que si la mejora de tercio y no de cuarto, por la misma razon que dejo dicho siguiendo á Ayora, que la mejora de cosa cierta se ha de presumir del tercio antes que de quinto, cuya regla deberá ser tanto mas cierta en el caso presente, si la mejora se hizo por contrato entre vivos y no por última voluntad, porque en tal caso se hace mas creible no quisiese el padre privarse de la libertad que tenia de disponer del quinto en quien le pareciese.

13 Escita Tello en el número 4.º de esta ley la duda de si podrá renunciar su disposicion el padre y el hijo donatario, á fin de que la mejora no se regule por el valor que tengan los bienes al tiempo de la muerte del padre, sino por el valor actual que tenia cuando se hizo, de forma que sea

valida la renuncia. Para resolver esta duda dice al número 8.º que principalmente se debe atender á favor de quién se estableció esta ley, si del padre del donatario ó de los otros hijos, y á continuacion afirma que á favor de ninguna de las personas referidas. Contrae esta duda en el número 15, á la de si el hijo podrá renunciar de la herencia contentándose con la legítima que el padre le da en vida, y despues de referir los fundamentos de una y otra sentencia, concluye en el número 17, que en la mejora se puede hacer la renuncia de consentimiento de las partes, por las que entiende el hijo mejorado y el padre donante, porque da esta razon, porque esto no perjudica á los demas hijos.

14 Matienzo en la glosa 2.ª, número 8.º de esta ley, afirma que el hijo puede renunciarla, y añade que aunque no la renuncie no podrá pedir aumento si consta que el padre no quiso estender su mejora á otras cosas que á las que le entregó en vida, y de esto infiere es ocioso indagar en favor de quién se estableció esta ley dependiendo la mejora de la voluntad del padre, por lo que dice que en vano se fatiga Tello en examinar este punto.

15 Mi dictámen en esta materia se reduce á que para que tenga efecto la renuncia de esta ley en los dos casos que pueden ocurrir, es necesario hagan la renuncia el padre, el hijo mejorado y los demas herederos. He dicho que dos casos pueden ocurrir en esta renuncia, uno es cuando la mejora no llega á lo que correspondia, atendido el valor que tenian los bienes del padre al tiempo de su muerte. En este caso digo es cierta y segura la opinion de Tello, y convengo en que basta la renuncia del padre y del hijo por ser este el que únicamente sale perjudicado, ó por lo menos no consigue lo que podia esperar. El otro es cuando la mejora era de tanto valor al tiempo que se hizo, ó se disminuyeron tanto los bienes del padre hasta su muerte que escedia del tercio, quinto y legítima que les correspondia, atendiendo al valor de los bienes á dicho tiempo. En este caso no basta la renuncia del padre y el hijo mejorado, sino que es indispensable la de los otros herederos, á cuyas legítimas se perjudicaba. La razon es tan clara como cierta. Al padre le prohibe la ley real privar á los hijos de sus legítimas íntegras; con que no le puede ser permitido *al padre* renunciar de la ley, porque entonces era inútil su prohibicion. Tampoco basta la del hijo mejorado, porque por ella no renuncia el hijo del favor que le concede la ley, sino del que pertenece á los otros, lo que por ningun derecho es permitido, así como nunca puede la renuncia que hiciere un estraño libertar al padre de la obligacion de dar las legítimas á sus hijos. Es, pues, indispensable para que la renuncia tenga efecto en este caso que los demas herederos renuncien del derecho que por la ley real 8.ª, tít. 4.º, partida 5.ª, y ley 5.ª, título 8.º, partida 6.ª, y la 17, tít. 5.º, partida 6.ª, se les concede de percibir sus legítimas al tiempo que señala la ley para valuarse los bienes del padre, que es el de su muerte, como se probó en la ley 19.

16 La razon de que se vale Matienzo nada aprovecha para evitar el inconveniente que se ha espuesto, pues de que el padre sea libre para no estender la mejora á mas cosas que las señaladas no se infiere que pueda estenderla á mayor cantidad que la que permite la ley, antes bien espresamente se lo prohibe la ley 26.

17 De lo dicho se infiere que la disposicion de la presente ley principalmente se dirige á favor de los herederos para no privarlos y perjudicarlos en el derecho que tiene por las leyes de partida á sus legítimas, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte.

Ley XXIV de Toro; es la 8.ª, tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando el testamento se rompiere, ó anulare por causa de preterición, ó exheredacion, en el cual oviere mejoría de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni menos deje de valer el dicho tercio é quinto, como si el dicho testamento no se rompiese.

COMENTARIO

á la Ley 24 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando el testamento se rompe ó anula por pretericion ó exheredacion, si en él habia mejora de tercio ó quinto no por eso deje de valer dicha mejora como si el testamento no se rompiere.

2 Como la resolucion de esta ley está tomada de la auténtica *ex causa. C. de lib. preter. et exh.*, es indispensable exami-

nar su decision para venir en conocimiento de la de esta ley.

3 Ordena dicha auténtica que el testamento por causa de desheredacion ó preterición es írrito en cuanto á la institucion, pero no en cuanto á las demas cosas contenidas en el mismo. La duda que á primera vista se ofrece es si la pretericion de que hace espresion la referida auténtica ha de entenderse con referencia al padre ó á la madre; la causa de esta duda nace de que por derecho civil el testamento en que el padre pretería al hijo que estaba bajo su potestad era enteramente nulo, como lo declara la ley 1.ª, ff. *inj. rupt.*, y en tanto grado era nulo y de ningun valor el espresado testamento, que ni se concedian las libertades ó manumisiones, ni se entregaban los legados dejados en el mismo, como espresa y literalmente lo dispone la ley 17, ff. *eodem*, sin que fuese necesario que reclamase el hijo preterido, pues si moria antes que su padre, permanecia nulo el testamento en términos que aunque hubiese hecho otro testamento anteriormente no se rompia por el que el hijo habia sido preterido, segun la ley 7.ª, ff. *de liber. et post.* Lo que repite Justiniano en el §. inicial *de exher. liber. inst.*, y da la razon, por qué desde el principio no fue válido, fundándose, como observa Vinnio en dicho §., en la regla catoniana.

4 Nada innovó Justiniano en sus instituciones, limitándose la alteracion que estableció en el §. 5.º *de exhered, liber.*, á igualar á las hijas de familia con los hijos constituidos en la patria potestad, para que asi como el padre estaba precisado á nombrarlos por herederos, ó desheredarlos espresamente, igual obligacion tuviese respecto á las hijas, y que tambien fuesen iguales los efectos, de forma que asi como el hijo preterido ó desheredado podia usar de la querella de nulidad, ó de la de *inofficioso testamento*, del mismo modo la hija constituida en la patria potestad pudiese valerse de uno de estos remedios. Esto mismo habia establecido ya Justiniano en su C. en la ley 4.ª, *de lib. preter. et exhered.*

5 Tampoco innovó cosa alguna en la materia de que vamos tratando, ley 2.ª, C. *de bon. posses. contra tabulas*, en la que concedió Justiniano á los hijos preteridos constituidos en la potestad que pudiesen pedir la posesion de los bienes contra el testamento, de que parece inferirse que el testamento era válido en que estaba preterido el hijo de familias. Para satisfacer este reparo se ha de tener presente la diferencia que mediaba entre el derecho civil y pretorio: por el primero se anula el testamento por la pretericion, y por el segundo subsiste, á causa de que el pretor, que es el que concede la posesion de los bienes *contra tabulas*, reputa por válido todo testamento que se halla autorizado con los sellos de siete testigos, segun la ley 7.ª, ff., y la 2.ª *de bon. posses. secundum tabulas*, y no dice ninguna contradiccion, ni envuelve la menor repugnancia el que un testamento sea nulo por derecho civil, y válido por el pretorio, como lo manifiesta Vinnio en el §. inicial *de exhered.*, número 6.º, y aun en este caso de usar el hijo preterido del remedio de la posesion de los bienes *contra tabulas*, no estaba obligado á prestar los legados que se habian dejado en aquel testamento, como espresamente lo resuelve la ley 15, ff. *de legatis pret.*, de que se infiere, que no solo por derecho del C., sino ya anteriormente por el del digesto, era permitido al hijo de familias preterido usar del remedio de la posesion de los bienes *contra tabulas*, de que se convence se equivocó Heineccio cuando en el libro 3.º, tít. 1.º, §. 5.º de las Antigüedades romanas, afirma que antes solo se daba la posesion de los bienes *contra tabulas* á los hijos emancipados preteridos, hasta que despues por derecho nuevo del C., á saber, por la ley 2.ª *de bon. posses. contra tabulas*, se concedió este remedio á los hijos preteridos constituidos en la patria potestad.

6 Si en alguna constitucion derogó el Emperador Justiniano el derecho antiguo en esta materia, sin duda no fue otra que en la de la novela 115, en el cap. 3.º, en donde despues de decir que no es permitido al padre, ni á la madre, ni á los ascendientes preterir á sus hijos, hijas ó nietos, ó desheredarlos, aunque les dejasen por donacion legado, fideicomiso, ó de otro cualquier modo la porcion legítima, pasa á espresar las causas justas para la desheredacion, y al fin del referido capítulo dispone que si los padres no observan lo que deja prevenido en la desheredacion de los hijos, se rescindirá el testamento en cuanto á la institucion de herederos, y sucederán los hijos abintestato; pero si en tales testamentos se hubiesen dejado legados fideicomisos, libertades, por cualquiera otros ca-

pítulos permitidos por las leyes, se les entregarán á los nombrados, como si en esta parte no se hubiera rescindido el testamento. De este capítulo estractó ó compuso Irnerio, ó quien haya sido el autor de las Auténticas, la *Auténtica ex causa*, de cuya inteligencia tratamos.

7 Donelo en el Comentario á la auténtica *ex causa, de lib. prest.*, número 7.º, Duareno en el título ff. *de justo rupto*, en el cap. 2.º al fin, Julio Claro en el §. *testam.*, cuestion 52, opinan que por el citado, capítulo de la novela 115, se derogó el derecho antiguo, por el que se disponia fuese nulo el testamento en que habia sido preferido por el padre el hijo de familias; por el contrario sostiene Cujacio en la ley 17, ff. *de injusto rupto & testam.*, Antonio Perez en el título del C. *de lib. prest.*, número 8.º y siguientes, Vinnio en el §. 5.º, *Instit. de exheredat. liber.*, y en el inicial del mismo título, número 6.º, Heineccio en el tít. 17, lib. 2.º, *Instit.*, §. 571, donde espresamente dice que en el capítulo 3.º de la novela 15, no se habla de la querella de nulidad, sino de la de *inofficioso testamento*, y lo mismo habia dicho antes en el libro 2.º, tít. 13, *de liberis exhered.*, §. 526 de los elementos del derecho.

8 Los fundamentos en que apoya su opinion Donelo son tan frívolos que basta leerlos para despreciarlos. Dice en primer lugar que habiendo hablado el Emperador Justiniano en el §. *sive igitur*, de los hijos exheredados, y habiendo dicho á continuacion que si en algunos tales testamentos se han dejado legados ó fideicomisos sean válidos y permanentes, infiere que en las palabras *si quæ sint talia testamenta*, manifiestamente no comprende aquellos en que los hijos habian sido desheredados solamente, porque deberia haber dicho *eadem testamenta*, en donde los hijos espresa ó tácitamente eran privados de la herencia de sus padres abiertamente por la desheredacion; ¿pero quién no vé la sutileza y superficialidad de este raciocinio? Porque si el Emperador Justitiano en el cap. 3.º de su Novela habia espresado muy por menor y circunstanciadamente las causas justas para poder desheredar los hijos, ¿quién no conoce que las palabras *in quibusdam talibus testamentis* son referentes á los testamentos de que habia hablado antes, en los que no habia intervenido ninguna de las justa causas que habia propuesto para la desheredacion? ¿Por ventura el adjetivo *tales* es menos referente á lo que se ha dicho antes, que el adjetivo *idem*, ó *predictum*? El sentido obvio y natural del §. *sive igitur*, es como se viene á los ojos aun al menos lince, que si intervienen todas las causas de ingratitud que quedan referidas, ó algunas de ellas, ó una sola, y el heredero la probase, fuese subsistente el testamento; pero si no se observase esto fuese nulo, ó se rescindiese en cuanto á la institucion de heredero, y sucediesen los hijos abintestato; y ahora á continuacion añade, que si en tales testamentos se han dejado legados, fideicomisos, libertades, ó cualquiera otros capítulos permitidos por las leyes, se les den y entreguen á los que se les han dejado, de cuyas palabras manifiestamente se convence que dichas palabras *tales testamentos*, se refieren á aquellos que habian sido rescindidos por no haber intervenido ninguna de las causas que estimó Justiniano justas para la desheredacion de los hijos: pretende tambien que la razon que alega Justiniano para rescindir los testamentos en que no se habia observado lo que dejaba prevenido, comprende igualmente la pretericion que la desheredacion; y lo deduce de las palabras que pone en el §. *sive igitur*, despues de haber dicho que rescindido el testamento por no haber intervenido ninguna justa causa de desheredacion, sucedan los hijos abintestato, da por razon para que los hijos no sean condenados con falsas acusaciones, ó padezcan alguna circunscripcion en los bienes de sus padres, de que infiere que la acusacion falsa se ha de entender, y corresponde á la desheredacion, y la circunscripcion á la pretericion, comprendiendo ambas causas Justiniano en su constitucion, pues aunque usó solo de la palabra desheredados, se debe entender que con una palabra general comprendió á todos los hijos que se privaban de la herencia del padre.

9 Por poco que se reflexione se conocerá que esta distincion y diferencia que constituye y establece Donelo entre acusacion falsa y circunscripcion es enteramente arbitraria y fraguada á su voluntad, pues ademas de no acreditarla con ninguna prueba es constante que la falsa acusacion puede hacerse con testigos ó instrumentos, y la circunscripcion es la suposicion de un documento falso, segun Facciolato en su Diccionario latino.

10 Tambien se vale para probar su in-

tento de que al fin del cap. 4.º de la misma novela, en que propone Justiniano las justas causas que debian intervenir para que los hijos pudieran desheredar á sus padres, dice y afirma que establecia aquellas penas de exheredacion contra las dichas personas en castigo de su ingratitud, de que infiere que Justiniano, recopilando el todo de su constitucion, solo se habia propuesto poner á cubierto á los padres y á los hijos de la injuria que se les hacia por la pretericion y desheredacion; pero como la palabra pretericion debe referirse á la de la madre, ínterin que no se pruebe lo contrario, ninguna fuerza tiene el argumento, á mas de que los hijos estaban anteriormente mas bien precavidos contra la injuria de la pretericion de sus padres por el remedio de la querella de nulidad que por el que ahora se les pretende dar por la novela, y de consiguiente la resolucion de esta no se dirigió á libertar á los hijos de la injuria de la pretericion de sus padres, de la que estaban bien precavidos por el remedio y querella de nulidad, por la cual se anulaba, ó era nulo el testamento, no solo en la institucion, sino en los legados, y asi se dirigió á señalar y especificar las causas, por las cuales podian, asi los padres como los hijos, desheredarse justamente, lo que se persuade de que la querella *de inofficioso testamento* estaba ya establecida mucho tiempo antes que Justiniano fuese Emperador, pues segun observa Heineccio en el lib. 2.º, tít. 18 de las antigüedades romanas, §. 5.º, la querella *de inofficioso testamento* tuvo su orígen en tiempo de la República, y la de nulidad tampoco puede dudarse que era anterior á los tiempos de Justiniano, como se convence entre otros documentos del §. inicial *de exheredatione liberorum*, en que el mismo Justiniano llama derecho antiguo el que tenian los hijos preteridos para anular el testamento de sus padres.

11 Mas ingenioso Duareno propone en el capítulo 2.º de su Comentario al tít. de ff. *de injusto rupto & testam.* un argumento que cree no tiene solucion para probar que en la constitucion de Justiniano está comprendido el caso de la pretericion del padre: el argumento se reduce á suponer por cosa cierta é indubitable que la constitucion de Justiniano debe tener lugar en la desheredacion que hace el padre sin espresar la causa, y afirma que esto es tan cierto que no lo pueden negar los que defienden la opinion que impugna; dice, pues, que estableció Justiniano no fuera permitido á los padres desheredar á sus hijos, sin espresar la causa justa, y que fuese una de aquellas que inserta en su constitucion, de que infiere que aquellas palabras, *si hæc observata non fuerint &c.*, se deben entender de forma que si no se espresó en el testamento la causa de la desheredacion, y no intervinieron otras cosas, quiso y fue su voluntad que los hijos que no habian sido instituidos herederos no esperimentasen ningun perjuicio; quiso tambien (prosigue) que en cuanto á la institucion fuese írrito el testamento, y se prestasen los legados en el caso que el hijo no habia sido ritamente desheredado, por no haberse puesto la causa que necesariamente se habia de espresar. Hasta aqui todo es cierto.

12 La constitucion de Justiniano (continúa) acerca de la conservacion de los legados debe tener lugar y regir cuando la desheredacion no se ha hecho con el rito prevenido por no haberse espresado la causa. Tambien es conforme: de que infiere que como esta desheredacion sea equivalente á la pretericion, porque la desheredacion que no se hace ritamente no es otra cosa que pretericion, deduce por una consecuencia necesaria que si la constitucion de Justiniano tiene lugar en la desheredacion que no se ha hecho rectamente, debe por la misma razon decirse otro tanto en la pretericion, porque la desheredacion no hecha rectamente no es otra cosa que pretericion.

13 Sin embargo de la confianza con que habia propuesto su argumento Duareno, que segun su parecer no tenia solucion, pasa á probar que la desheredacion que no se hace rectamente, no es otra cosa que pretericion, lo que dice podria hacer constar con muchas razones; pero supone bastará una, deducida del §. 9.º, *Inst. de heredit. quæ ab intestato, Vers. sane*, en donde pretende se resuelve que si al hijo emancipado que es preterido se da la posesion de los bienes *contra tabulas*, tambien se da á aquel que no ha sido ritamente desheredado, porque se debe tener por preterido el que ritamente no ha sido desheredado.

14 Admira á la verdad que un jurisconsulto de tan distinguido mérito en el derecho civil pudiese formar un argumento tan superficial é infundado. Es cierto que el Emperador Justiniano dispuso en su citada novela que no fuera lícito al padre, madre

y demas ascendientes preterir á sus hijos, ni desheredarlos en su testamento, á no ser que hubieran sido ingratos, y espresasen en el testamento la causa de su ingratitud, que ha de ser una de las que se señalan en la referida novela. Que los padres no pudiesen preterir ó desheredar sin causa á sus hijos es constante estaba ya prevenido por derecho del C. del ff. y de las Instituciones; con que es claro que en esta parte nada dispuso de nuevo, y de consiguiente quedó subsistente el derecho que anteriormente regia, en lo que claramente innovó el Emperador Justiniano fue en disponer que la causa de la desheredacion se habia de poner y manifestar espresamente en el testamento, y que habia de ser una de las que se referian en la precitada novela.

15 Si, pues, la novela del Emperador Justiniano no revocó el órden que regia antes acerca de la obligacion de no preterir ni desheredar á sus hijos, ni las penas en que de lo contrario incurrian, y una de ellas era que por la pretericion del hijo constituido en la potestad fuera nulo el testamento del padre en todas sus partes, segun la ley 1.ª y 17, ff. *de injusto rupto &c.* y otras, se convence hasta la evidencia que por la novela de Justiniano no se revocó ni alteró la disposicion de esta ley. Se concede á Duareno que la exheredacion que el padre haga al hijo sin espresar la causa está comprendida en la disposicion de la novela, y de consiguiente le compete al hijo el remedio de la querella que le franquea el Emperador para anular la institucion de heredero, con lo que nada adelanta, pues como la desheredacion hecha sin espresion de causa no es pretericion, no se infiere que de comprenderse aquella en la novela se comprenda tambien esta, ni contra esto obra el argumento que propone Duareno de que la desheredacion que no se hace ritamente no es otra cosa que pretericion, porque esto no es absolutamente cierto, á causa de que por el derecho anterior á la novela, para que la desheredacion se tuviera por válida y ritamente hecha, bastaba que se espresase el nombre del desheredado, ó se usase de alguna demostracion que claramente manifestase su persona, como se dispone en el §. inicial *Institutionum, de deshered.*, y en la ley 34, ff. *de cond. et mostrat.*, con que no habiéndose innovado estas disposiciones por la novela de Justiniano, como se ha hecho ver, se dedúce claramente que la desheredacion en que el padre haya manifestado espresamente la persona del hijo desheredado, la desheredacion se tendrá por ritamente hecha para no ser ni reputarse por pretericion, aunque el padre no haya espresado la causa de la desheredacion contra lo prevenido en la disposicion de la novela, que es decir que para que la desheredacion se tenga por pretericion se ha de hacer sin espresar el nombre del desheredado.

16 Ni el texto que cita Duareno para probar que la desheredacion no hecha ritamente es pretericion conduce en nada á su intento, porque en dicho texto no se habla de la desheredacion que proviene ex testamento, sino de la que resulta abintestato, como lo manifiesta así el título en que se halla dicho texto, que es *de hered. quæ ab intest.*, y tambien el remedio que en el mismo se concede por el pretor á los emancipados, que es la posesion de los bienes *unde liberi*, y en la parte del texto que cita Duareno solo se dice que sobreviviendo dos hijos á su padre, uno emancipado y otro en la potestad, este es solo heredero por derecho civil, y solo heredero suyo; pero por beneficio del pretor el emancipado es admitido en una parte de la herencia, y asi viene á suceder, que el heredero que era suyo se hace heredero en una parte.

17 Véase ahora supuesta esta resolucion del texto ¿cómo es posible convenir con Duareno en que de dicho texto se deduce, que si al hijo emancipado que es preterido se da la posesion de los bienes contra el testamento, tambien se da á aquel que no ha sido ritamente desheredado, porque se debe tener por preterido al que ritamente no ha sido desheredado? Mas á propósito hubiera podido valerse Duareno para probar su intento del §. 12 del mismo título, y ciertamente hay motivo para creer se equivocó al tiempo de hacer la cita, pues en dicho §. 12 se refiere la especie que propone Duareno, y se dice espresamente que se llaman preteridos aquellos hijos que no han sido instituidos ni desheredados como era debido, con lo que se manifiesta que la desheredacion no hecha ritamente es y equivale á pretericion; pero esto no debe entenderse únicamente en el caso de que el padre no haya desheredado espresamente al hijo, individualizando su nombre ó cualidades por donde se venga en claro cono-

cimiento de su persona, digo espresamente, ó lo que es lo mismo por palabras equivalentes, como se declara en la ley 3.ª, C. *de lib. pret. vel exhered.*, de cuya ley infiere el señor Covarrubias en el capítulo *Raynucius*, número 3.º, que cuando el padre dice *filium meum non instituo*, *aut filium meum sempronium pretereo*, *quia mihi verberabit*, se entiende que lo deshereda, porque ¿qué diferencia se encuentra en que la desheredacion se haga con estas ú otras palabras? y concluye despues de haber manifestado que la institucion de heredero se puede hacer por palabras equivalentes, como por ejemplo, Ticio sea señor de mi herencia, lo mismo ha de ser en la desheredacion por no ser necesario que se conciba con palabras precisas y determinadas, y asi podrá hacerse diciendo, no instituyo á mi hijo por heredero porque me azotó, ó lo paso en silencio por la misma causa.

18 De lo dicho se viene en un claro conocimiento de que la preterición de que habla la novela y auténtica no se ha de entender de la del padre, sino de la madre, lo que tambien se persuade con la disposicion de la misma novela, la que al fin del capítulo 4.º, en donde despues de disponer que se anulasen los testamentos de los hijos en que no hubiesen desheredado rita y justamente á sus padres, y permaneciesen subsistentes los legados, añade á continuacion, que si hubiese algunas leyes que hablasen de legados, fideicomisos y libertades &c. contrarias á esta disposicion, quedan sin efecto; de cuya espresion limitada, y contraida á las leyes que hablan de legados, se deduce que no quiso abrogar, ni abrogó las leyes que anteriormente disponian fuese nulo el testamento en que el padre habia preterido al hijo que estaba en su potestad. Por esta disposicion quedaron abrogadas la ley 8.ª, §. 16, y la 28, ff. *de inofficioso testamento.*

19 Consiguiente á la esposicion de la referida novela, suscita el señor Covarrubias en el capítulo *Raynucius* 16, número 7.º, la duda de si desheredando el padre al hijo sin espresar la causa, como se manda en dicha novela, seria el testamento nulo, ó se rescindiria por la querella *de inofficioso*, y resuelve fundado en las razones que anteriormente se han insinuado que será válido el testamento, y se rescindirá por la querella, á causa de que por derecho antiguo á los hijos desheredados, aunque estuviesen en la potestad, no les competia el derecho de decir nulo el testamento, sino la querella *inofficiosi*, y Justiniano no corrigió en su novela este derecho antiguo, ni estableció que el hijo preterido ó desheredado sin causa pudiese decir de nulidad del testamento de su padre, sino lo que únicamente dispuso fue que se espresase la causa de la desheredacion, y que rescindido el testamento por no ser cierta la causa que se alegaba, permaneciesen válidos y subsistentes los legados, y se anulase la institucion de heredero, y concluye infiriendo que asi como por derecho antiguo el hijo desheredado sin espresion de causa le competia la querella y no el derecho de decir de nulidad del testamento, del mismo modo le debe competir hoy despues de la disposicion de la novela de Justiniano.

20 Esta opinion del señor Covarrubias es manifiestamente cierta por las razones en que la apoya, á que se puede añadir otra bastante convincente que tambien la insinuó, aunque con concision, cual es, que la desheredacion hecha sin espresar la causa se opone á lo dispuesto en la citada novela; es asi que está espresamente ordena que si no se cumple con su disposicion, se rescinda y anule la institucion de heredero, y sean válidos y permanentes los legados, luego es claro quiso que el testamento en que no se habia espresado la causa de la desheredacion fuese válido, porque no se puede rescindir un testamento nulo.

21 De esta misma razon se vale Antonio Perez en el título del C. *de liberis pret.*, número 18, para probar la misma conclusion que ya habia establecido antes en el título 3.º, lib. 5.º, ff., §. *præterea.*

22 Vinnio en el §. inicial *de inofficioso testamento* de las instituciones, número 2.º, espresamente afirma, que si la desheredacion se hace sin espresion de causa no es nulo el testamento en virtud del cap. 3.º de la novela 115.

23 Pero Heineccio en los elementos del derecho civil en el título *de inofficioso testamento*, §. 182, habiendo sentado que la querella *de inofficioso testamento* se daba á los hijos injustamente desheredados, infiere de este principio que no tienen necesidad de dicha querella los hijos que no han sido espresamente desheredados, ni por alguna de las causas señaladas en la novela 115, porque afirma que en este caso puede usar de la querella de nulidad, de que se deduce

tuvo por nulo el testamento en que el padre no habia espresado la causa de la desheredacion, y lo mismo dice que sucede cuando la causa de la desheredacion es justa, pero no se ha espresado en el testamento, y lo mismo habia dicho antes en la nota al §. 528 cuando la causa era injusta y no se habia probado, sin reflexionar que por el cap. 3.º de la novela 115, no se impone la pena de nulidad á los contraventores, como lo reconoce el mismo Heineccio en el §. 571, sino la de rescindir el testamento por medio de la querella.

24 Conformándose nuestro derecho real de las partidas con las disposiciones del derecho romano en esta parte, como regularmente sucede, ordenó en la ley 10, título 7.º, partida 6.ª, que si el padre no hace mencion de su hijo nombrándolo por heredero, ó desheredándolo, no valga el testamento. Con mas claridad repite aun esta misma disposicion la ley 1.ª, tít. 8.º, partida 6.ª, en la que despues de haber dicho que si el padre deshereda al hijo injustamente podia usar ante el juez de la querella *inofficiosi testamenti*, yque si hallare que no hubo justa causa para desheredarlo, debia mandar que no valiese el testamento, y se entregase la herencia al que se querelló; añade en contraposicion de esto que si el testador cuando estableciese heredero no hiciese mencion del hijo heredándolo ni desheredándolo, tal testamento no se quebrantaria, y espresa que no vale, ni es nada, de cuyas palabras se convence que el decir la ley que no se quebrantaria no es para manifestar que seria válido y subsistente, sino para dar á ententer que desde el principio habia sido nulo, y en comprobacion de que esta era la mente é intencion de la ley, espresa á renglon seguido: E por ende, pues que no debe valer, no se puede quebrantar.

25 La terminante y clara resolucion de estas leyes en manifestar que es nulo el testamento en que el hijo ha sido preterido, no solo presenta un testimonio convincente de la disposicion de nuestro derecho real de las partidas en esta parte, sino que ofrece la mas fundada presuncion de que la misma disposicion regía por derecho civil de los romanos, pues nuestras leyes de partida se reputan regularmente por una repeticion del derecho romano, y en no pocos casos sirven para declararlo.

26 Supuesto que por las leyes de partida era nulo el testamento en que el hijo de familia habia sido preterido, resta examinar ahora si por la presente ley se ha derogado en esta parte el derecho de las partidas, y debe decirse que la presente ley no ha causado la menor alteracion en el derecho que antes regía.

27 Espresa la ley que cuando el testamento se rompiere ó anulase por causa de pretericion ó exheredacion no por eso se rompa, ni menos deje de valer la mejora de tercio y quinto, como si el testamento no se rompiera; cuyas palabras y espresiones manifiestan con la mayor claridad que el testamento habia sido válido y subsistente en su orígen, pues de lo contrario no podria decirse que se rompiese ó anulase por la razon que todos saben, de que lo que no es ni existe no puede deshacerse ni destruirse, con que se infiere por una precisa y necesaria consecuencia de que la pretericion de que se hace mencion en esta ley no es la que hacia el padre á su hijo constituido en la patria potestad, por la cual era nulo el testamento, sino la que ejecutaba la madre que se tenia en lugar de desheredacion. Aun es otro testimonio si cabe mas convincente de esta verdad la espresion de que usa la ley para manifestar que aunque se rompa ó anule el testamento, no por eso se rompa ni menos deje de valer la mejora de tercio y quinto, pues lo que ni se rompe ni deja de valer es imposible que no exista y que no sea válido, de forma que tanto por la disposicion afirmativa de la ley de que se rompa y anule el testamento en cuanto á la institucion, como por la negativa de que no se rompa ni deje de valer la mejora de tercio y quinto, presenta el mas convincente testimonio de que el testamento de que habla fue válido y subsistente en su orígen, y dejó de serlo en cuanto á la institucion, y continuó en ser válido en cuanto á la mejora de tercio y quinto.

28 Establecido ya como queda demostrado que la pretericion de que habla la auténtica *ex causa*, sacada del capítulo 3.º de la novela 115, no es la que hace el padre de un hijo en la patria potestad, sino de la que ejecuta la madre, que equivale y se tiene por desheredacion, esta misma inteligencia y esposicion debe darse á la pretericion de que habla la presente ley, que no hizo mas que copiar la auténtica *ex causa*.

29 Síguese tratar ahora de lo que en

estas leyes se dispuso acerca de la conservacion de los legados; y tanto la auténtica como la novela, espresamente resuelven que cuando el testamento se rescinde por causa de desheredacion se conserven los legados contenidos en el mismo. Nuestro derecho real de las partidas, siguiendo las huellas del romano, repite su disposicion en la ley 7.ª, tít. 7.º, partida 6.ª, y lo mismo hace la presente ley, sin otra diferencia que comprender los legados bajo el nombre de mejora de tercio y quinto.

30 Tengo por escusado detenerme á especificar, como hace Gomez, los varios casos en que es nulo ó se rescinda el testamento, y si se conservan ó no los legados, pues como la decision de la ley presente solo comprende el caso de que el testamento se rescinda por la pretericion ó desheredacion, á este solo debe limitarse la esposicion del actual Comentario, recurriendo en los demas casos que ocurran á las peculiares leyes por donde deben resolverse; debiendo advertir para mayor claridad é inteligencia de la presente ley, que aun cuando el hijo preterido no use de la querella de nulidad, sino del remedio de pedir la posesion de los bienes *contra tabulas*, como tiene facultad de hacerlo en virtud de la ley 15, ff. *de legatis prestandis*, no está tampoco obligado á prestar los legados, como espresamente se ordena en la misma ley que funda su resolucion en que seria un absurdo obligarle á satisfacer los legados por haber pedido la posesion de los bienes, siendo asi que aunque no la hubiera pedido, le correspondia toda la herencia por derecho propio. Lo mismo parece debe decirse del póstumo preterido por la ley 2.ª, C. *de bonorun possesione contra tabulas.*

31 Otro caso se especifica en la ley 21, tít. 1.º, partida 6.ª, que por singular conviene hacer mencion de él en este lugar, y es que cuando el testador despues de haber hecho su testamento, tiene noticia equivocada de que ha muerto su heredero, y con este motivo otorga segundo testamento nombrando otro heredero y dejando nuevas mandas, resuelve que el primer heredero perciba la herencia con esclusion del segundo, y que esté obligado á satisfacer todos los legados asi del segundo testamento como del primero, sin embargo de que la ley final, ff. *de hered. instit.*, que habla del mismo caso, solo dice que el primer heredero estará obligado á prestar los legados dejados en el segundo testamento.

32 Resta entrar á examinar si la mejora de tercio y quinto deberá pedirse al heredero abintestato, que es indispensable lo haya por el mismo hecho de que el desheredado ó preterido pida la rescision del testamento en cuanto á la institucion, y debe decirse que si á causa de que por esta ley solo se dispuso fueran válidas las mejoras de tercio y quinto, ó lo que es lo mismo, las mandas ó legados cuando se rescindia la institucion de heredero por la pretericion ó desheredacion, sin que hiciese la menor alteracion en cuanto al modo de pedir, y adquirir los legados de cuota, cuales son los de mejora de tercio y quinto, que son de los que habla la ley, en los que deberá observarse lo que dejo dicho acerca del modo de pedir los legados de esta especie, y el tiempo de transferirse el dominio de ellos en el legatario en el Comentario que tengo hecho á la ley 21, en donde latamente se trató este punto con la estension que pedia la materia, debiendo advertirse aqui que si la mejora se ha hecho al hijo preterido ó desheredado, y este propone la querella *de inofficioso testamento*, deberá ó anularse en todas sus partes el testamento, ó en ninguna segun las circunstancias, porque si pide la mejora antes de usar de la querella *de inofficioso testamento*, se presume que lo aprueba segun la ley 6.ª, ff. *de inofficioso testamento*, y de consiguiente será valido y permanente dicho testamento no solo en cuanto á las mejoras, sino tambien en cuanto á la institucion; pero si al contrario el hijo desheredado ó preterido pide que se le entregue la mejora despues de haber propuesto la querella *de inofficioso*, y rescindiéndose el testamento en tal caso se le repele como indigno, y no tendrá efecto el testamento, ni en la institucion ni en la manda, porque el que impugna y contradice la voluntad del testador no debe percibir ni esperar ninguna utilidad de su testamento, segun la ley 40. ff, *de adquirenda hereditate*, y la 8.ª. ff. §. 14, *de inofficioso testamento*, y la 38, *de regulis juris, in 6.º*, como espresamente lo resuelve Gomez apoyado en estos fundamentos en el número 3.º de la presente ley.

Ley XXV de Toro; es la 9.ª, tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

El tercio é quinto de mejoria fecho por el testador no se saque de las dotes é donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajeren á colacion ó particion.

COMENTARIO

á la Ley 25 de Toro.

1 Dispone la presente ley que la mejora que el testador haga del tercio y del quinto de sus bienes no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes traigan á colacion ó particion.

2 La decision de esta ley, aunque á primera vista parece clara la diversa inteligencia que le han dado varios de los comentadores la ha hecho oscura y complícada en términos que necesita una esplicacion mas detenida y estensa que la que requerian las palabras con que estendió la resolucion.

3 Palacios Ruvios al número 15 del Comentario de esta ley, con el fin de hacer mas perceptible su inteligencia, la esplica con el siguiente ejemplo: supone que un padre teniendo tres hijos y un capital del valor de ciento, dotó á una hija en veinte, á otro hijo lo mejoró en tercio y quinto, y á los tres los instituyó por herederos; pasando á señalar la parte que á cada uno le corresponde y ha de pertenecer en virtud de la presente ley, dice que el hijo mejorado sacará el valor de la mejora del tercio y quinto de los ochenta escudos, pesos ó reales, y le tocarán por esta cuenta treinta y ocho, y los restantes cuarenta y dos se unirán á los veinte en que fue dotada la hija, y dividiéndose por iguales partes entre los tres tocará á cada uno de los tres herederos veinte y uno, por cuyo medio supone tocará á la hija uno mas de lo que habia de percibir por su dote.

4 Admitido el ejemplo propuesto, y reducido á la práctica, se deduce que la inteligencia que este autor y los que le siguen da á la presente ley se reduce á que la mejora de tercio y quinto no se ha de sacar sino de los bienes que el testador conservó en su poder al tiempo de su muerte y que despues de sacadas dichas mejoras de los espresados bienes se han de traer á colacion las dotes y demas donaciones que se mandan conferir.

5 Asi entienden esta ley entre otros Gomez en el Comentario, y en la ley 29, número 35, Matienzo en la ley 9.ª, tít 6.º lib. 5.º, glosa 1.ª, número 3.º y 4.º, Avendaño número 1.º. Pasan despues estos mismos autores á buscar la razon de la decision de esta ley, y convienen en que no es otra sino la de haber salido del dominio del padre la dote y donaciones despues que las hizo y las adquirieron los hijos. De donde infieren en que si despues mejoró á otro, lo mejoró en los bienes restantes. Esto lo confirma el Gomez con las leyes 19 y 23, que ordenan que las mejoras se hagan con respecto y consideracion á los bienes del padre al tiempo de la muerte, y añade que aunque lo mismo dicen los demas glosadores, ninguno lo declara como el Matienzo en el lugar citado, donde se conforma con la razon de Gomez con tal que se le añada la siguiente: que por tanto la mejora de tercio y quinto no se debe estraer de la dote ó donacion que se trae á colacion porque la voluntad del testador no se entiende á las cosas ignoradas ó incógnitas. ¿Cómo pues pudo el testador conocer ó adivinar si el hijo ó hija á quienes dió en vida la dote y donacion *propter nuptias* querian traer á colacion despues de su muerte lo que les habian dado? Avendaño en esta ley, número 1.º, sigue la razon que da el Gomez, añadiendo que por la deuda posterior no se estingue ni se disminuye la donacion al donatario con perjuicio del derecho que tiene ya adquirido, y concluye que esta razon es la misma que dan Castillo y Gomez, aunque no la esplicaron como él.

6 He referido á la letra las palabras con que cada uno de estos autores aseguran la razon fundamental de la decision de esta ley, no para notar la satisfaccion que manifiestan de haber profundizado mas que otros en la inteligencia de esta ley, la que se deja al juicio de cada uno de los lectores, sino para advertir lo que nos dejaban dicho los que les precedieron; indicio bastante fundado de que la razon no es tan sólida como nos persuaden, cuando es susceptible de tantas adiciones. Hemos visto el sentido que la mayor parte de los autores dan á esta ley, y la razon en

que fundan su decision. Réstanos ahora proponer el que nos parece mas conforme á la ley, y fundarlo asignando la verdadera razon que tuvo para su decision.

7 El sentido de la ley, segun nuestro dictámen, es que cuando la dote y donaciones que se traen á colacion esceden de la cantidad que corresponde por razon de la legítima, no se saque de ellas la mejora de tercio y quinto que el padre hace despues á cualquiera de sus hijos, y la razon de esta decision es la siguiente: Porque cuando lo que se da en dote ó donaciones escede de la legítima, se considera por mejora que el padre hace al donatario, segun la ley 29, y una mejora posterior, cual es el que el padre hace al hijo despues que dió la dote y donaciones, no debe estraerse de otra anterior. Supuesto que es este el sentido genuino de la ley, pasamos á fundarlo con las siguientes razones.

8 Manda nuestra ley que la mejora de tercio y quinto no se saque de las dotes y donaciones que se traen á colacion para evitar que se disminuyan por dicha mejora, pues de otro modo careceria de su significacion propia la palabra *sacar*, con que siempre que las dotes y donaciones no se disminuyan por la mejora de tercio y quinto, se podrá decir con propiedad que de ellas no se saca dicha mejora, ni que se contraviene á la decision de la ley.

9 Es esto tan constante que parece no habrá alguno á quien le haya pasado por la imaginacion el negarlo. Pero sigamos con nuestro raciocinio. Cuando la dote ó donaciones no llegan ó no esceden de la legítima, no se disminuyen por la mejora de tercio y quinto, pues de otro modo seria preciso decir que la mejora de tercio y quinto perjudicaba á la legítima de los hijos, luego en tal caso no tiene lugar nuestra ley, ni se contraviene á su decision, consecuencia no menos cierta que legítima, y siempre superior á cualquiera réplica que se intente hacer. Dirá acaso alguno que es menor la parte que le toca á la hija, por ejemplo, cuando contiene la dote ó se le imputa en la legítima antes de sacar la mejora de tercio y quinto, que cuando se trae á colacion dicha dote despues de sacada la mejora, como se convence del ejemplo que referimos arriba de Palacios Ruvios, con lo que se manifiesta que trayendo á colacion la dote (aunque esta no llegue ni esceda de la legítima) antes de sacar la mejora de tercio y quinto, se disminuye por dicha mejora contra la decision de la ley. Esta réplica, á nuestro parecer, creemos ha sido la que mas principalmente ha movido á los autores de la contraria al seguir su sentencia, y asi procuraremos satisfacerla con toda claridad.

10 Es innegable que trayendo á colacion la dote antes de sacar la mejora de tercio y quinto, percibe menos la hija en su parte que percibiria si la trajese á colacion despues de sacada dicha mejora; pero negamos que en tal caso se verifique que la mejora de tercio y quinto se saca de la dote, porque esto no se puede verificar, como dejamos dicho arriba, siempre que la hija no pierda nada de lo que recibió en dote por sacarse de todo el caudal del padre la mejora de tercio y quinto, como se hace preciso que lo confiesen los autores de la sentencia contraria en los dos casos que dejamos notados, que son de que la dote no llegue ó no esceda de la legítima. Ni tampoco puede decirse que la parte menos que recibe la hija cuando trae á colacion la dote antes de sacarse la mejora, se le saca de la dote ó la disminuye, porque esta parte que habia de llevar por la particion de los bienes del padre no se llama dote, sino aquello que se dió ó prometio á la hija al tiempo de casarse. Para que todo lo dicho se perciba con mas claridad pondremos un caso que trae Ayora en la parte 2.ª, cuestion 3.ª, y de su decision se convencerá, no solo lo fundado de nuestra sentencia, sino tambien los absurdos que se siguen de la contraria.

11 Un padre tenia cuatro hijos, y un cuento y quinientos mil maravedís. Dió á cada uno de ellos en dotes y donaciones, *propter nunptias*, doscientos mil maravedís, que era la legítima que les correspondia, reservándose los setecientos mil maravedís restantes, que hacia el tercio y quinto de sus bienes, y á la hora de la muerte mejoró á uno de sus hijos en dicho tercio y quinto; pregunta Ayora si valdrá dicha mejora de los setecientos mil maravedís, ó si deberá entenderse solo de los bienes que el padre poseía al tiempo de la muerte; de forma que de los setecientos mil maravedís se haya de sacar la mejora de tercio y quinto, que importaron trescientos y treinta y tres mil maravedís, y lo restante se deba repartir entre los hijos por razon de legítima, y resuelve que la mejora que hizo el

padre debe comprender los setecientos mil maravedís que reservó despues de haber dado en dotes y donaciones á sus hijos lo que les pertenecia por su legítima, y se funda en las razones siguientes. Que el padre no está obligado á dar á sus hijos mas de una legítima, y en el caso propuesto se verificaria que les daba dos, una en vida y otra en muerte.

12 Que el padre, en virtud de la ley 19, puede disponer de todo el tercio y quinto de todos sus bienes, y se le privaria de esta facultad que le da la ley en el caso presente. Que por la misma razon que habiendo el padre dado en vida el quinto de sus bienes á un estraño, no puede por la ley 28 disponer de otro quinto entre estraños á la muerte; por esa misma razon, *à contrario sensu*, habiendo dado el padre en vida á sus hijos en dote y donaciones *propter nuptias* lo que les pertenecia, y habian de haber de sus bienes por razon de legítima sino ha adquirido mas bienes. Al concluir el número 5.º satisface á la réplica que se le hace de que segun su resolucion se verificaria que la dicha mejora de tercio y quinto, que comprendia los setecientos mil maravedís, se sacaba de las dotes y donaciones *propter nuptias* contra la disposicion de la ley 25, diciendo que el hijo mejorado no pretende que la mejora de tercio y quinto se estraiga de las dotes y donaciones, sino que estas se les imputen en su legítima á sus herederos, lo que dice que es muy distinto; pero porque declara mas esta respuesta en la 4.ª parte de su obra, en el ejemplo que propone al folio 325, y lo contrae en el 334 de la impresion de Madrid del año 1766, referiremos sus mismas palabras, dice pues asi: "Aunque la mejora de tercio y quinto, conforme á la ley 25 de Toro, no se puede sacar de las dotes y donaciones *propter nuptias* que los hijos traen á colacion y particion, eso se entiende para efecto que no se saque de las dichas dotes y donaciones *propter nuptias* lo que tienen recibido, porque lo que tienen recibido mas que sus legítimas se entienden ser mejorados en ello á lo menos *tempore prædictæ legis Tauri*, pero no para efecto que se dejen de juntar estas dotes y donaciones *propter nuptias*, cuando no esceden de las legítimas con el capital del padre y hacer mayor el cuerpo de bienes que tenia, y sacar de todo el tercio y quinto de mejora, para que el padre pueda disponer de todo el quinto y tercio que da la ley facultad para disponer *ut late diximus et jure fundavimus in secunda parte principali, questione tertia, ad quam remitimus et ad exempla ibi posita.* Porque de otra manera seguiríase que el padre no pudiese disponer de todo el quinto de sus bienes entre estraños, ó por su ánima, ni del tercio de todos sus bienes entre sus hijos y descendientes *ut apparet in tali specie.*" Hasta aqui Ayora.

13 De donde resulta que en el caso propuesto á la mejora de tercio y quinto, se ha de sacar de las dotes y donaciones contra lo que creen que dispone la ley 25 los autores de la sentencia contraria, ó han de tener que confesar que el padre en el presente caso no puede disponer de todo el tercio y quinto de sus bienes contra la ley 19; disyuntiva que pone seguramente á los contrarios en la triste necesidad de abandonar ó el sentido que dan á la ley 25, ó la decision clara y terminante de la ley 19. Cuando decimos que las dotes y donaciones que no esceden de la legítima se han de traer á colacion antes de sacar la mejora de tercio y quinto, no pretendemos que dicha mejora se saque de las dotes y donaciones, ni podria verificarse esto no escediendo de la legítima dichas dotes y donaciones, á no ser que digan que la mejora de tercio y quinto se saca de la legítima de los hijos contra las decisiones mas terminantes de nuestro derecho real, sino solamente pretendemos que se agreguen al cuerpo de bienes del testador, para que se haga el cómputo de lo que monta el tercio y quinto de todos sus bienes, y pueda disponer de él segun se le concede por la ley real. Del mismo modo se esplica Acevedo en la presente ley en un caso semejante en el número 11 al fin.

14 Si acaso los autores de la contraria no se contentan con esta esplicacion, deberán tomarse el trabajo de ayudarnos á esplicar respondiendo al ejemplo que les vamos á poner, protestándoles sinceramente que la esplicacion que ellos dén, esa misma sin faltar ni una coma damos nosotros desde ahora á la réplica que nos hacen con la ley 25. Un padre repartió á sus hijos lo que les tocaba por su legítima, y á la hora de la muerte mejoró á uno en tercio y quinto de todos sus bienes. Supuesto que esta mejora es válida, como es preciso confesar, se pregunta si se dirá que la tal mejora se

saca de las legítimas de los hijos ó no; si lo primero será preciso convenir que la mejora de tercio y quinto perjudica á la legítima de los hijos; sino obstante esto, encuentran modo de sostener el total de dicha mejora sin decir que se saca de las legítimas en el caso presente, en el mismo sentido decimos que la mejora de tercio y quinto no se saca de las dotes y donaciones en nuestro caso. Igualmente se verán en la precision de responder en el caso que habiendo mejorado un padre á un hijo en el tercio de sus bienes por una donacion simple á la hora de la muerte, mejorase á otro en el quinto, pues si el hijo mejorado no traía á cuerpo de bienes el tercio, no se podia saber á cuánto ascendia el quinto de todos los bienes del testador; y seguramente que en tal caso no podrian decir que el quinto se sacaba del tercio porque es cosa muy sabida y sentada en el derecho real que una mejora no se saca de otra.

15 Nos queda ahora que responder á la razon de decidir que señalan los contrarios á la ley 25, y es que porque lo que se da en dotes ó donaciones no está en los bienes del testador á la hora de la muerte. A esto decimos que los contrarios padecen no pequeña equivocacion, confundiendo la actual posesion de los bienes que se dan en dotes y donaciones con la imputacion que se ha de hacer de estos mismos bienes en la division de la herencia. Es cierto que los bienes que se dan en dotes y donaciones pasan al dominio del donatario, pero esto no impide que dichas donaciones y dotes se consideren como bienes del testador en la division de la herencia.

16 Las dotes y donaciones, cuando no llegan ó no esceden de la legítima, que son los dos casos en que no convenimos con los contrarios, se imputan en la legítima en la division de herencia, segun la ley 29, y de aqui se infiere que dichas dotes y donaciones se consideran bienes del testador, porque á no ser asi habria de darle á la hija dotada, y á los demas donatarios otra legítima, pues es innegable que á los hijos se les debe la legítima de los bienes que el padre deja á la hora de la muerte, con que asi si la dote y donaciones se les imputan á los hijos en sus legítimas, es preciso confesar que las tales dotes y donaciones se reputan como bienes del testador á la hora de la muerte, ó que se les debe dar una legítima entera sin traer á colacion las dotes y donaciones contra la disposicion de la ley 29. La misma ley 29, en la diferencia que hace de las dotes á las demas donaciones, *ob causam*, manifiesta que se reputan por bienes del testador á la hora de la muerte, pues á las dotes les concede el privilegio de que para que no se tengan por inoficiosas, se pueda atender al valor que tenian los bienes del padre al tiempo que dió la dote, y en las otras donaciones, *ob causam*, manda que para que se vea si son ó no inficiosas, se atienda precisamente al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, señal evidente de que las reputó por bienes que dejó el difunto al tiempo de su muerte, como lo confiesan é infieren de la ley 23 los mismos autores respecto de la mejora, solo porque dicha ley hace la misma distincion de tiempos.

17 Se convence esto con mas claridad en el caso que un padre hiciese mejora de tercio y quinto á uno de sus descendientes en vida, y despues dotase á una hija; en tal caso se ven precisados á confesar los autores contrarios, como Matienzo en el lugar citado, glosa 3.ª, número 2.º, y Avendaño en el número 2.º, que dicha mejora se deberá sacar de la dote que se dió posteriormente, de que se infiere manifiestamente que la razon que dan de la decision de la ley es falsa, porque si lo que se da en dote no se considera como bienes del padre en la division de la herencia, no se deberá sacar dicha mejora de la espresada dote. Ni basta decir que el sacarse la mejora de la dote en tal caso es porque precedió la mejora á la constitucion de la dote, porque esto solo es un juego de palabras que en nada altera lo sustancial, asi lo estima Acevedo en esta ley número 2.º, porque si segun pretenden los contrarios la mejora de tercio y quinto no se puede hacer sino de los bienes que poseia el testador á la hora de la muerte, aunque dicha mejora haya precedido á la constitucion de la dote, como para conocer su legitimidad se ha de atender al tiempo de la muerte del testador (ley 23 de Toro), se convence que la dote que dió en vida fue realmente anterior á la mejora. Ademas, si lo que se da en dote no se reputa por bienes del que lo da cuando se trata de la mejora de tercio y quinto, aun en el caso que la mejora preceda á la dote, deberá no sacarse dicha mejora de la dote, sino que deberá disminuirse á prorata de lo que montaba la dote, como su-

cederia seguramente en el caso que despues de hecha la mejora de tercio y quinto viniese á menos el caudal del padre, que otro tanto debia disminuir la mejora cuanto se habia menoscabado el caudal de donde se debia sacar. Es pues innegable que la razon en que se pretende fundar la decision de la ley 25 está absolutamente destituida de fundamento.

18 Deberiamos concluir aqui la esposicion de esta ley, sino nos lo impidiese el deseo de satisfacer un escrúpulo que podria hacer vacilar algun tanto el juicio de los lectores acerca de lo que dejamos dicho, ya por el crédito que justamente se debe al autor que hace la réplica, como por las razones con que intenta fundarla. Tello Fernandez, autor de un mérito distinguido entre nuestros glosadores, y de quien hace los debidos elogios don Nicolás Antonio en su Biblioteca, se separa en el Comentario á esta ley de los autores que hasta aqui hemos impugnado, y abraza un medio diametralmente opuesto, ó el que dejamos probado como el mas conforme al sentido de la ley. Para que se perciba mejor la sentencia de Tello notaremos la diferencia que hay entre las tres sentencias.

19 Palacios Ruvios, y los demas que hemos citado, pretenden que la decision de la ley 25 se estiende no solo al caso de que las dotes y donaciones escedan de la legítima, sino tambien á los casos en que sean menores ó iguales á la legítima. Nosotros convenimos con estos autores en cuanto al primer caso, pero nos separamos de ellos en los dos restantes. Tello por el contrario se separa de ellos en el primero, y se conforma en los otros dos, de forma que viene á resultar que en el caso que nosotros defendemos que debe tener lugar la decision de la ley 25, dice Tello que no, y en los que negamos que deba admitirse dicha decision sostiene Tello que debe tener lugar. De aqui se infiere que cuanto dejamos dicho para persuadir que la decision de la ley 25 no se estiende á los casos de que la dote y donaciones no lleguen, ó no escedan de la legítima, milita, y prueba igualmente contra la sentencia de Tello, que conviene en esta parte con los autores, cuya sentencia hemos impugnado, y asi para hacer ver que su opinion está destituida de fundamento y corroboran la nuestra solo nos ceñiremos á satisfacer á las razones que alega con el fin de probar que la decision de la ley 25 no puede tener lugar en el caso que las dotes y donaciones escedan de la legítima.

20 Toda dote ó donacion *ob causam*, dice, que se hace antes de cualquier otra donacion ó mejora es válida y subsistente en tanto grado que no se puede revocar por la segunda, como lo sienten comunmente los autores fundándose en la ley 1.ª, C. *de inoff. donat.*, y tambien en el capítulo último *de donationibus*, de forma que querer que por la segunda donacion ó mejora se disminuya la primera, era establecer una opinion contraria á todo derecho, y en especial á estas leyes de Toro que se hicieron para aclarar las dudas, por lo que concluye que el pretender que la ley 25 prohibe que la mejora de tercio y quinto no se saque de las dotes y donaciones en cuanto esceden de la legítima es querer que su resolucion se dirija á un caso de que nunca se ha dudado. Continúa corroborando lo que deja dicho con este raciocinio que saca de la misma ley 25. Dice esta que la mejora no se saque de las dotes y donaciones *propter nuptias* ni de las otras donaciones que los hijos ó descendientes trajesen á colacion ó particion; es asi que las dotes y donaciones en cuanto esceden de la legítima no se traen á colacion ó particion por considerarse el esceso como mejora en virtud de la ley 29, luego la decision de la ley 25 no se ha de entender del caso que la dote y donaciones escedan de la legítima, sino de los casos de que por ser igual ó menor que la legítima dichas dotes y donaciones se imputan en ella. A esto estan reducidas substancialmente las razones en que se funda Tello para decir que la decision de la ley 25 no se ha de entender del caso que las dotes y donaciones escedan de la legítima; á las que voy á responder.

21 Que si el ser opinion sentada entre los autores que comentan el derecho civil que una donacion anterior válida é irrevocable no se disminuya por otra posterior, es suficiente razon para que se tenga por ociosa é inútil la decision de cualquier ley real que establezca esto mismo, será preciso desterrar del catálogo de las leyes de Toro la ley 15 y otras que nos repiten únicamente lo dispuesto por el derecho civil, entre los cuales se encuentra la ley 24, que es en todo conforme á la auténtica *ex causal. de liberis preteritis*, como lo confiesa el mismo Tello, sin que por

eso la gradúe de ociosa é inútil, y aun seria necesario descarnar los gruesos cuerpos de las partidas, siguiendo este principio, y reducirlos á un pequeño y defectuoso volúmen. Aunque esto bastaba para desvanecer el primer fundamento de Tello, añadimos que la decision de la ley 25 no fue ociosa é inútil, sino necesaria.

22 Disponia la auténtica C. *de collat.*, que las dotes y demas donaciones *ob causam* se trajesen á colacion tanto ex testamento como abintestato, si el padre no disponia espresamente lo contrario, y como todo lo que se traía á colacion por derecho civil era para dividirlo entre los coherederos por iguales partes, como se puede ver en el Comentario á la ley 29, en donde de intento se trata esta materia, fue necesaria la disposicion de la ley 25 para darnos á entender que no toda donacion que estaba sujeta á colacion debia dividirse entre los coherederos por iguales partes, sino que en semejantes dotes y donaciones podia haber alguna parte que estuviese libre de traerse á colacion, ó lo que era lo mismo, que se entendiese como mejora lo que aun no estaba dispuesto por la ley 29, como posterior á la 25. Esta razon es tanto mas poderosa contra Tello, cuanto el hacer uso de ella, como de la razon en que se fundó la decision de la ley 25 en el sentido que él le da; y ciertamente que teniendo esta razon por bastante para fundar la decision de la ley 25, de que la mejora de tercio y quinto no se saque de las dotes y donaciones cuando estas no esceden de la legítima, no podrá negar sin faltar á la sinceridad debida que con tanto mas fundamento debe alegarse esta razon en abono del sentido que damos á la ley 25 cuanto es mas regular que dicha ley prohiba una cosa que podia suceder, cual era el sacar las mejoras de las dotes y donaciones cuando esceden de la legítima que no el atribuirle una decision que tendria por objeto un caso imposible, cual es el que no se saque la mejora de las dotes y donaciones cuando no esceden de la legítima, pues seguramente no se puede comprender que la mejora pueda sacarse de las dotes, cuando no esceden de la legítima, y que dichas dotes no se disminuyan; resolucion que participa mas de la naturaleza de acertijo que de una séria determinacion legal, pues si se dice que si la ley no prohibiese que la mejora se sacase de la dote, dichas dotes, ó lo que es lo mismo la legítima, se disminuiria por la mejora, se incurre en el inconveniente de que la ley 25 dispone de un caso de que nadie ha podido dudar, y de consiguiente segun los principios de Tello debe reputarse por inútil, como haremos ver despues.

23 Pero demos que por haberse publicado todas estas leyes de una vez, no se admita entre ella precedencia de tiempo, aun no puede despreciarse como inútil la disposicion de la ley 25, pues de ella solo se infiere que en las dotes y donaciones que estaban sujetas á colacion, podia tener lugar la mejora sin determinar ni la cantidad que debia traerse á colacion, ni la que debia tenerse por mejora, ni hasta dónde podia llegar esta. Todas estas dudas que quedaban indecisas por la ley 25, las aclaró y decidió la 29, de forma que de las dos leyes resulta una decision clara y completa de la materia. Por lo que ninguna de dichas leyes debe tenerse por inútil y ociosa, pues es comun en las leyes que unas sirvan de declaracion de las disposiciones de otras, y que repitan las últimas lo que con bastante claridad habian dicho las primeras, lo que haremos patente con un ejemplo que por ser tomado de las mismas leyes de Toro, es tanto mas fuerte y poderoso para desvanecer la escrupulosidad de Tello.

24 En la ley 14 se dispone que así el marido como la muger, disuelto el matrimonio, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el matrimonio, de donde se infiere claramente que dichos bienes son y se dividen entre marido y muger, pues nadie puede disponer libremente de los bienes agenos, y si en este punto pudiera haber alguna duda estaba enteramente disipada en la 1.ª, tít. 3.º, lib. 2.º del fuero real, que está terminante en esta materia, y no se derogó por alguna ley real; y sin embargo de estar este punto tan claramente decidido en la ley 14, en la 16 se dispone que si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de la muerte, no se le cuente esta manda en la parte que ha de haber la muger de los bienes multiplicados durante el matrimonio, cuya decision atendida la escrupulosidad de Tello no seria otra cosa que decir que cuando el marido mandare algo á la muger no se entienda que le manda lo que era ya suyo, decision que podria con razon haberse omitido sin peligro de que nadie se equivocase en este punto, y por la misma razon po-

dria y deberia haberse hecho una disposicion semejante para que no se entendiese comprendida la dote en dicha manda, como lo declara la ley única C. *de rei uxoriæ actione*, §. 3.º, no siendo menos cierto y constante en nuestro derecho real que la mitad de los gananciales es de la muger como la misma dote. A la reflexion que hace de que la ley 25 habla de las dotes y donaciones que se traen á colacion, y que en la parte que esceden de la legítima se reputan como mejora, la que no está sujeta á colacion, decimos que el usar la ley de la espresion dicha no es por denotar que su decision sola tanto se dirije á que la mejora no se saque de las dotes y donaciones en los casos que no esceden de la legítima, sino para distinguir la donacion *ob causam*, esceda ó no de la legítima, de la donacion simple, pues de la primera siempre se dice que está sujeta á colacion y de la segunda que no lo está.

25 La razon porque siempre se dice de la donacion *ob causam* que debe traerse á colacion, es porque principalmente se reputa por legítima, y solo en lo que esceda á esta por mejora, y por lo tanto esceda ó no de la legítima en la parte que comprende esta debe sujetarse á colacion; por el contrario, la donacion simple como se considera primeramente mejora de tercio y quinto, se dice que no está sujeta á colacion aun en el caso que esceda de dicha mejora, cuyo esceso se imputa en la legítima, pues si el esceder la donacion *ob causam* de la legítima, fuera suficiente la razon para decir que no está sujeta á colacion, deberia decirse de la donacion simple en caso que escede de la mejora de tercio y quinto, y comprende la legítima que no estaba sujeta á colacion, porque no menos la donacion simple debe traerse á colacion en la parte que escede de la mejora y comprende la legítima, que la donacion *ob causam* en la parte que no escede de la legítima. Ademas que como de la donacion *ob causam* siempre se verifica que se trae á colacion, por eso con razon la ley 25 hace mencion de las donaciones *ob causam* con el distintivo de que estan sujetas á colacion, porque el que en el esceso de la legítima se reputen como mejora no las exime de la colacion en la parte que comprende la legítima.

26 Si acaso alguno no se satisface con esta razon, aunque en sí solidísima, no podrá menos de aquietarse con el siguiente raciocinio. La decision de la ley 25 se debe entender de un caso posible, es asi que es imposible que tenga lugar dicha decision en los casos que la dote y donaciones no llegan ó no esceden de la legítima, como haremos demostrable despues valiéndonos de la doctrina del mismo Tello, luego la decision de la ley 25 se debe entender del caso en que la dote y donaciones escedan de la legítima. Bastarian las razones con que hemos satisfecho los argumentos de Tello para conocer su poca solidez; pero ahora para mayor convencimiento de los que lo siguen haremos ver, valiéndonos de su propia doctrina, los absurdos é inconsecuencias que se siguen necesariamente de su opinion.

27 Es principio sentado por Tello al número 2.º que la palabra *sacar* de que usa la ley 25, es lo mismo que estraer, y asi dice: *fateri oportet legem nostram disponentem meliorationem tertii vel quinti ex dote vel donatione propter nuptias, vel aliis donationibus ob causam, nihil extrahere posse...* Establece en el mismo número que de cualquiera donacion simple *ob causam*, con tal que sea irrevocable, segun la ley 17 no se puede sacar la mejora de tercio y quinto, y da esta razon digna de notarse. *Nam si permiteret quod tertium et quintum ex ea extraheretur donatio in parte revocabilis esset.* Lo mismo repite en lo restante del número y en el siguiente. De esta doctrina se infiere necesariamente que la decision de la ley 25 en el sentido que la espone Tello fue enteramente ociosa é inútil, ó se dirije á un caso imposible, como se ve en este raciocinio. La palabra *sacar* de que usa la ley es segun Tello lo mismo que estraer ó disminuir; luego si la disposicion de la ley se ha de entender del caso en que la dote no llegue ó no esceda de la legítima, seria lo mismo el haber prohibido que la mejora de tercio y quinto no se saque de la dote, que decir que la mejora de tercio y quinto no se estraiga de la legítima, ni que se disminuya esta por dicha mejora, y si parece duro confesar que la ley mandase una cosa tan claramente decidida por varias leyes de Toro, y en especial por la 26 y 29, deberán decir que la ley dispuso que no se sacase la mejora de tercio y quinto de la dote en un caso que era imposible atendido nuestro derecho real.

28 En consecuencia de esta doctrina del número 2.º, infiere en el 3.º que en

el caso que, ó precediese una donacion simple irrevocable y posteriormente se dotase á la hija, ó se hiciese alguna donacion *ob causam*, debe estraerse de esta dote y donacion el tercio y quinto de la mejora comprendido en la donacion simple anterior, y repite la misma razon que habia dado en el número 2.º, *quia si non extraheretur, prima donatio quæ irrevocabilis est revocaretur. Quod non est dicendum.* Se hace cargo de dos argumentos que pueden oponerse á esta conclusion. El primero, que la mejora de tercio y quinto se ha de sacar, segun la ley 19 y 23, de los bienes que dejó el padre al tiempo de la muerte, y estas dotes y donaciones *ob causam* ya no eran del padre en este tiempo. El segundo, la decision de nuestra ley que abiertamente prohibe que la mejora se saque de la dote y donaciones.

29 Al primero responde que caso que no se haya convenido entre las partes que la donacion surta su efecto atendido el tiempo en que se hizo, cuya convencion dice que se deberá guardar sin que se contravenga á la ley 19 y 23, deberá estraerse la mejora de la dote y donaciones, porque el decirse que se tenga consideracion al tiempo de la muerte, es para en caso que los bienes no salen del patrimonio del padre con título de otra donacion, pero saliendo por medio de donacion se debe estraer la mejora de la dote y donaciones, porque de lo contrario se disminuiria la primera donacion, que era irrevocable.

30 Entre las demas razones que alega propone la siguiente digna de notarse. Si en las dotes y donaciones posteriores no se estragera la mejora, estos donatarios que habian recibido las donaciones *ob causam*, resultarian mejorados en perjuicio del que recibió antes la donacion simple irrevocable, y da la razon por qué segun la ley 26 los bienes del padre son legítimos de los hijos escepto si dispusiesen en vida ó muerte del tercio y quinto, y por lo tanto cuando el padre mejoró por alguna de las causas irrevocables los bienes que se contienen en el tercio y quinto, no son ya legítima de los hijos, y si se concediera que estos hijos á quien se asigna la legítima por via de dote ó donacion *ob causam*, la consiguieran sin desfalco en el esceso que toca al tercio y quinto, se seguiria que salian mejorados, no por el padre, pues lo prohibe la ley 26, sino por nuestra ley, á la que se suponen la 17 y 22, y para evitar esta contradiccion dice que la ley 25 debe entenderse cuando la dote ó donacion *ob causam* precedió á cualquier otra mejora, y se funda en sus mismas palabras, que denotan que la dote ha de haber precedido á la mejora, pues esta se supone hecha al tiempo de la muerte, espresando la ley que el tercio y quinto de mejora hecho por el testador no se saque de la dote: hasta aqui Tello.

31 En esta doctrina se nota que para que la mejora comprendida en la primer donacion irrevocable se saque de la dote y donaciones posteriores exije que dicha dote y donaciones escedan de la legítima y lleguen á tocar en tercio y quinto, lo que manifiesta claramente que para verificarse que la mejora que se saca de la dote, es necesario que esta esceda de la legítima, y por el contrario cuando prive la ley 25 que la mejora no se saque de la dote se ha de entender con precision en el caso que dicha dote esceda de la legítima. A fin de sostener la inteligencia que ha dado la ley 25 de que habla del caso en que la dote precede á la mejora, se hace la réplica de que seria inútil la decision de la ley, pues si una donacion irrevocable no se ha de disminuir por otra posterior, era ocioso que mandase la ley que la dote dada anteriormente no se disminuyese por otra donacion posterior, á cuya réplica da una respuesta digna de que la examinemos con cuidado por lo mucho que conduce á nuestro intento.

32 Confiesa que una donacion anterior no se puede disminuir por otra posterior, y por lo tanto infiere que la ley 25 no dispone en el caso que la mejora fue anterior á la dote, sino al contrario, pero niega que en ese sentido se pueda decir que es inútil la decision de la ley, y se funda en la ley 3.ª, §. de *collatione bonorum*, y en la 29 de Toro, en las que se define que las donaciones *ob causam* se deben traer á colacion, y que se deben considerar como bienes hereditarios, y por lo tanto se reputa que asi la herencia como los bienes que se han traido á colacion estan en poder del padre al tiempo de su muerte. Como por las leyes 19 y 23 se determine que la mejora se estraiga de los bienes que dejó el difunto al tiempo de su muerte, fue necesaria la decision de la ley 25 para prohibir de que las donaciones que se hacen

por causa de dote ú otra semejante, no se saque la mejora aunque dichas donaciones se reputan por herencia del difunto, porque en realidad no fueron bienes que dejó el difunto al tiempo de su muerte, ni eran suyos cuando hizo la segunda mejora, y como esta razon cesa en las donaciones simples que ni se imputan ni traen á colacion, por tanto la ley no habla de ellas, porque cesaba el motivo de la duda. Hasta aqui la respuesta de Tello.

33 Pero se conoce fácilmente lo futil y superficial de ella si consideramos que cuando la ley manda que no se estraiga la mejora posterior de la dote que precedió, y se trae á colacion, es imprescindible que dicha dote escediese de la legítima ó no, si dice que la ley habla del caso que la dote escede de la legítima viene á confesar, sin advertir, lo mismo que ha negado con tanto empeño en el número 1.º, donde ha señalado el sentido de la ley segun su dictámen, pues prohibir la ley que la mejora se saque de la dote cuando esta escede de la legítima, es lo mismo que mandar que una mejora no se saque y estraiga de otra disposicion bien ociosa y agena de ocupar la atencion de un legislador, segun nos persuade el mismo Tello en el número 1.º Ni el que por virtud de la ley 3.ª, ff, y la 29 de Toro, las donaciones *ob causam* se deban traer á colacion y de consiguiente se reputen como bienes que dejó el difunto al tiempo de su muerte, de los cuales se debe sacar la mejora segun las leyes 19 y 23, fue suficiente causa para que la ley 25 eximiese las dotes de esta regla mandando que no se saque de ellas la mejora cuando escedan de la legítima, porque por el mismo hecho de reputarse el esceso que hace la dote á la legítima por mejora, segun la ley 29, cesa la colacion en esta parte, y de consiguiente la duda de que pudiera considerarse dicho esceso como bienes que el difunto dejó al tiempo de su muerte, y por lo tanto era inútil la decision de la ley 25, que se dirije á disipar y aclarar dicha duda.

34 Pasemos á ver si la respuesta de Tello tiene un fundamento mas sólido en el caso que la dote no esceda de la legítima. Hemos notado arriba que es principio sentado por Tello en el número 1.º y 3.º, que sacar y estraer son una misma cosa, y que sacar de una donacion irrevocable anterior alguna mejora es hacer revocable la donacion que de su naturaleza no lo era. Supuesto esto, si la decision de la ley 25 se entiende del caso que la dote no esceda de la legítima, prohibir la ley que de la dote no se saque la mejora es lo mismo que prohibir que la legítima no se disminuya por la mejora, pues por confesion de Tello, sacar es lo mismo que disminuir, y como en el caso que la dote es legítima se infiere necesariamente que el prohibir la ley 25 que la mejora no se saque de la dote cuando esta no escede de la legítima, es lo mismo que prohibir que la mejora no se saque de la legítima ni la disminuya.

35 Bien conoció Tello cuando propuso la réplica que si la mejora se sacaba de la dote se habia de disminuir la dote, y así para probar que si la dote precedia á la mejora parecia inútil y sin efecto, la ley 25 da esta razon: porque (como hemos dicho arriba) cualquiera donacion irrevocable no se debe disminuir por otra posterior. Ahora bien, si prohibir la ley 25 que la mejora no se saque de la dote cuando esta no escede de la legítima, es lo mismo que mandar que la legítima no se disminuya por la mejora, díganos Tello y los que siguen su doctrina, ¿era acaso menos sabido en el derecho civil y real que la legítima de los hijos no se podia disminuir por ninguna donacion, que el que una donacion anterior irrevocable y válida no se disminuya por otra posterior? Pues si la disposicion de la ley 25 la desprecian como inútil y ociosa en este último sentido, ¿por qué no la despreciaremos nosotros como ociosa é inútil en el sentido que intentan darle, con tanta mas razon cuanto á los hijos es mas debida la legítima que otra cualquiera donacion que el padre voluntariamente les quiera hacer? y porque no se diga que en las leyes de Toro no se prevenia que la mejora no se sacase de la legítima, fue necesaria la disposicion de la 25, véanse las leyes 26 y 29, y se encontrará que toda donacion, tanto simple como *ob causam*, que escede de la legítima y tercio y quinto de mejora, es inoficiosa y se revoca en la parte que perjudica á la legítima de los demas hijos.

36 Ultimamente, decimos que el mandar la ley 29 que las dotes y donaciones *ob causam* se traigan á colacion no pudo dar motivo á que dichas donaciones se considerasen revocables y como bienes que

dejó el difunto al tiempo de su muerte para que fuese necesaria la disposicion de la ley 25 en el sentido que le da Tello, pues él mismo confiesa á la mitad del número 2.º que las donaciones de que habla la ley 29 quiso la misma ley que fuesen irrevocables, y que de ellas no se desfalcase nada: véanse sus palabras. Porque todas aquellas donaciones *ob causam* fueron irrevocables, y á la manera de las donaciones simples, que ni se confieren ni se imputan, de las cuales (las *ob causam*) nada se ha de quitar, sino que las conseguirá enteras el primer donatario sin desfalco alguno, segun la ley 29, que solo permite al donador dar lo *restante*, *permaneciendo válida la primera donacion*, y seguramente que aunque no quisiera no podia decir otra cosa, pues al mismo tiempo que la ley 29 manda que las dotes y donaciones *ob causam* se traigan á colacion, declara que dichas dotes y donaciones sean irrevocables hasta en la legítima y tercio y quinto, con cuya declaracion cesó la duda de si por la colacion que ordena dicha ley debian reputarse revocables las espresadas donaciones, y como bienes que dejó el difunto al tiempo de su muerte, y por esta misma razon se ve con cuán poco fundamento motejó en el número 1.º de inútil la decision de la ley 25 en el sentido que le dan los autores, de que prohibia que la mejora se sacase de las dotes y donaciones, aun en el caso que escedan de la legítima, fundándose en que nadie dudaba que una donacion irrevocable no se disminuía por otra posterior, y mas cuando la ley 29 disponia que el esceso que hacia la dote á la legítima se reputase como mejora, la que ni se confiere ni se imputa, pues por la misma razon debe confesar que es inútil la decision de la ley 25 en el sentido que la espone, pues se dirige á mandar que una donacion irrevocable cual esta dote, segun la misma ley 29, no se disminuía por otra, lo que es bien sabido, y que no podia motivar la decision de una ley de Toro, que segun Tello se hicieron para aclarar casos dudosos.

37 A todas estas inconsecuencias se esponen los autores por mas juiciosos que sean si se dejan llevar fácilmente del deseo de impugnar á los que les han precedido. Nos ha parecido deber hacer aqui una advertencia que conduce á la mayor inteligencia de esta materia, y es que la disposicion de la ley 25 ha quedado derogada por la pragmática de Madrid de 1534, en que se prohibe que las hijas puedan ser mejoradas por razon de dote, quedando en su fuerza y vigor respecto de las donaciones *propter nupcias*, y de las otras donaciones *ob causam*; y aunque parece que en el caso de que la dote esceda de la legítima podia observarse lo dispuesto por la ley 25 sin faltar á lo que manda la pragmática, pues no sacando en dicho caso la mejora de la dote se guarda la disposicion de la ley 25, y trayendo á cuerpo de bienes la dote despues de haber sacado la mejora de tercio y quinto de los otros bienes del testador para que se divida por iguales partes entre los herederos, se cumple con la pragmática, que prohibe que la hija sea mejorada por razon de dote, y de este modo solo lleva su legítima igual con los demas coherederos; pero sin embargo, este temperamento ó medio término que observan en la práctica regularmente los escribanos siguiendo á Colon en el juicio de inventario, número 76, y en el SS. de agregacion de donacion y dotes, es opuesto y contrario á lo que disponen varias leyes reales.

38 Hemos hecho ver en la esposicion de esta ley que su verdadero sentido no es otro que la mejora que se hace á la hija por razon de dote no se disminuya y revoque por otra posterior, con que mandando la pragmática que la hija no pueda ser mejorada por razon de dote, se conoce que cesó la disposicion de la ley 25 en esta parte, pues ya no se podia reputar por mejora el esceso de la legítima, y de consiguiente dicha mejora hecha por razon de dote es nula y de ningun valor, y por tanto debe sacarse de ella la mejora de tercio y quinto posterior en virtud de la pragmática, por donde se ve que no se puede observar en el caso presente la decision de la ley 25 sin contravenir manifiestamente á la pragmática. Ademas, la mejora que el padre hace del tercio y quinto de sus bienes, se debe sacar de todos los bienes del padre que no esten concedidos á alguno de sus herederos por razon de mejora, es asi que la mejora por razon de dote en realidad no es mejora despues de la pragmática, con que se debe sacar de toda la dote la mejora de tercio y quinto que el padre haya hecho.

39 Tambien las leyes 19 y 23 se oponen á que se observe la ley 25 despues

de la resolucion de la pragmática, y es la razon por qué dichas leyes permiten que el padre pueda disponer de todo el tercio y quinto de sus bienes, y siendo nula la mejora hecha por razon de dote, si de dicha dote no se sacase la mejora de tercio y quinto que el padre hiciese á cualquiera de sus hijos, se verificaria que el padre no podia disponer del tercio y quinto de todos sus bienes.

40 No obstante estas razones, debe decirse que por la pragmática de Madrid se corrige la disposicion de la ley 25 en cuanto á las dotes en esta forma, que si la dote escede de la legítima larga, esto es, de la parte del tercio que corresponde á la hija como heredera de su padre con los demas coherederos, este esceso deberá rebajarse y agregarse á la mejora que el padre haya hecho posteriormente (pues si antes hizo la mejora, ya es nula la que despues hizo á la hija), ó restituirse á los coherederos, sin que pueda entenderse mejorada la hija en el esceso que hace á la legítima diminuta la lata ó larga que comprende la parte del tercio, porque en este caso la hija no lleva mas que lo que le corresponde por su legítima, y esto no lo prohibe la pragmática, ni se solicitó en la peticion de las cortes, pues lo que propusieron á S. M. fue que por razon de dote no pudiese llevar mayor parte la hija que la que le tocaria si entonces se dividiesen los bienes de su padre. Dice asi la peticion 101. "Otro sí suplicamos á V. M. que las dotes que en estos reinos se dieren no puedan ser mas que la legítima que le vendria á la dotada si entonces se partiesen los bienes del dotador, y que si de hecho mas se mandare ó recibiere público ó secreto, *directe ó indirecte*, por el mismo caso pase el derecho de la demasía á los herederos; esto sin perjuicio de lo capitulado y contratado hasta agora." Con que si la decision de la pragmática está arreglada á la peticion de las cortes no se prohibe en ella que la hija retenga la parte del tercio que le corresponderia por su legítima lata, si entonces se dividieran los bienes del padre, y si la pragmática se estendió á mas que la peticion de las cortes, lo que no es de creer, lo deberia haber manifestado claramente, sin limitarse á prohibir la mejora, que nunca puede verificarse cuando la hija no percibe mas que su legítima larga, que como he insinuado arriba, es la parte que le pertenece al hijo de todo el patrimonio del padre, escepto el quinto, del que puede disponer por su alma ó en favor de estraños, pues la misma palabra mejora denota que se percibe por ella alguna cosa mas de lo que se recibiria si en realidad no se hiciera, que el verdadero sentido de la voz mejora aun tambien se aplica con menos propiedad á la manda que los abuelos hacen á los nietos, que no tienen derecho á heredarlos, por precederles sus padres, como se echa de ver en la ley 18, y como á la hija le corresponde por su legítima lata una parte del tercio, nunca puede esta reputarse por mejora, y de consiguiente no incurre en la prohibicion de la pragmática.

41 Se podrá decir contra esto que en el caso de mejorar un padre á un hijo, despues de haber dotado á su hija, si su dote alcanza á completar la legítima lata, y de esta no se saca la mejora del tercio hecha al hijo, se verificará que lleva mas la hija en este caso que sus otros hermanos por haberse sacado de la parte que les tocaba la mejora del tercio, y de consiguiente resultará mejorada respecto de ellos, lo que directamente se opone á la pragmática.

42 Digo que es cierto que la hija llevará mayor parte que sus hermanos, que contribuyeron á la mejora del otro hermano; pero no por esto se podrá decir que la hija ha sido mejorada, porque no ha llevado mayor parte que la que le pertenecia si no hubiera el padre mejorado al hijo, y el que los hermanos hayan percibido menor parte que la hermana en la herencia de su padre no basta para reputarla mejorada, y es la razon por qué la mejora siempre se hace con perjuicio y disminucion de la legítima lata de los demas hijos, y en el presente caso la hija ningun perjuicio les causó á sus hermanos, con que es claro que no fue mejorada. Que no les causó perjuicio es fuera de toda duda, pues no fue la hija, sino el hijo mejorado el que les disminuyó la legítima, y la pragmática no se estableció en perjuicio de las hijas, sino en favor de los hijos, para que no pudieran ser perjudicados por estas en sus legítimas latas, y siempre que esto no se verifique no se contraviene á la disposicion de la pragmática, aunque en algun caso la hija perciba mayor porcion en la herencia de su padre que algunos de sus hermanos.

43 De este dictámen es Baeza de *non meliorandis*, cap. 22, número 8.º y 9.º Ayora en la parte 3.ª, cuestion 27, número 85 y siguientes, y mas estensamente persuade esta opinion en la parte 4.ª, ejemplo 5.º, §. *sed quid erit*. Febrero en la librería de escribanos, parte 2.ª, cap. 2.º, §. 2.º, número 88, se conforma con la opinion de Ayora, y se refiere al capítulo 3.º, §. 4.º, número 147 y 148, donde propone los fundamentos de su opinion.

44 He dicho que de la dote se ha de rebajar lo que esceda del valor de la parte del tercio que corresponda á la hija por su legítima larga, porque este esceso pertenece al quinto, y este es peculiar del padre para poder disponer de él segun su voluntad, y por lo tanto no se reputa por legítima de los hijos, como lo reconocen los autores citados; pero en el caso que el padre mejore á un hijo en el quinto, la doctrina que se ha dado acerca de la mejora del tercio debe estenderse y regir en la del quinto, siempre que no se disponga de él en favor de estraños, por militar la misma razon que se reconoce en el tercio, pues en realidad la hija en dicho caso no conseguiria del quinto mayor parte ó porcion que la que le corresponderia si el padre no hubiera hecho mejora á ninguno de sus hijos, ó los hubiese nombrado herederos por iguales partes.

45 Por ultimo debe tenerse presente que cuando en la pragmática se prohibe que las hijas puedan ser mejoradas en tercio y quinto, ni en ninguna otra cosa tácita ni espresamente, se ha de limitar su disposicion al caso de que habla, que es por contrato entre vivos, pero no por testamento, con tal que por contrato no se haya estipulado que la mejora se haga por testamento, como lo advierte juiciosamente Febrero en el número 2.º, cap. 2.º, §. 2.º, número 89 y 90 de su librería de escribanos, parte 2.ª

Ley XXVI de Toro; es la 10, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Si el padre ó la madre, en testamento ó en otra cualquiera última voluntad, ó por otro algun contracto entre vivos, hicieren alguna donacion á alguno de sus hijos, ó descendientes, aunque no digan que lo mejoran en el tercio ó en el quinto, entiéndase que le mejoran en el tercio é quinto de sus bienes, é que la tal donacion se cuente en el dicho tercio é quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que á él ni á otro no pueda mejorar mas de lo que mas fuere el valor del dicho tercio é quinto, é si de mayor valor fuere, mandamos que vala fasta en la cantidad del dicho tercio é quinto é legítima de lo que debian haber de los bienes de su padre é madre é abuelos é no en mas.

COMENTARIO

á la ley 26 de Toro.

1 Dispone la presente ley que si el padre ó madre, por cualquiera última voluntad, ó por algun contrato entre vivos, hicieren donacion á alguno de sus hijos ó descendientes, se entienda que lo mejoran en el tercio ó en el quinto de sus bienes, aunque no lo digan, y que dicha donacion se repute por el tercio y quinto de los bienes en lo que cupiere, sin que pueda mejorarse á otro en mas de lo que montare el valor del espresado tercio y quinto, y si fuere de mayor valor valga hasta en la cantidad del referido tercio y quinto y legítima de lo que le correspondia de los bienes de sus padres y abuelos, y en nada mas.

2 A primera vista se presenta la disposicion de esta ley en contradiccion con la ley 29: en la presente se ordena que la donacion que el padre ó madre hace á cualquiera de sus hijos se repute por mejora de tercio y quinto, y solo en el esceso del valor de estos se impute en la legítima: la ley 29, por el contrario, dispone que la dote ó donacion *propter nuptias* que el padre ó la madre hacen á sus hijos ó hijas se impute en primer lugar en la legítima, y en lo que esceda del valor de esta se tenga por mejora de tercio y quinto. De la variedad de estas resoluciones infieren generalmente nuestros espositores que las donaciones de que habla la ley 26 no se deben traer á colacion, sin embargo que la ley 29 espresamente establece que se colacionen la dote y donacion *propter nuptias*.

3 Seria muy molesto y fastidioso referir lo que han dicho los comentadores para conciliar estas dos leyes, y señalar la causa ó razon de la diferencia y variedad de sus disposiciones, bastando decir que casi todos convienen en que la ley 26 trata de las donaciones simples, y la 29 de

las que se hacen por causa, y en esta diferencia fundan y hallan la razon para que las primeras no se traigan á colacion, y sí las segundas, apoyados en las disposiciones del derecho civil, que ordena que la donacion simple que el padre hace al hijo no se sujete á colacion fuera de los dos casos que refiere la ley penúltima, C. *de collationibus*, á saber, cuando el padre espresamente manda que se traiga á colacion, ó cuando el donatario ha de concurrir á la particion de la herencia con quien tenga que traer á colacion la dote ó donacion *proter nuptias*, que en dichos dos casos por cumplir con la voluntad del donante y por evitar la desigualdad que resultaria entre los hijos en la division de los bienes de su padre, quiso la ley que se colacionase la donacion simple, y lo mismo dispuso la ley 4.ª, tít. 15, partida 6.ª; véase á Gomez en el número 12 al comentario de la ley 29.

4 Para conocer el mérito de esta distincion y la oportunidad con que la aplican los autores en la materia, conviene manifestar la naturaleza y propiedades de la donacion simple, y la que se dice *ob causam*. Donacion simple, segun la ley 29, ff. *de donationibus*, es la liberalidad que se hace al donatario sin ninguna obligacion del dicho; en lo mismo coincide la ley 1.ª de dicho título, en que se espresa que la donacion propiamente dicha no se hace por ninguna otra causa, sino para ejecutar la liberalidad y munificencia.

5 Esta donacion hasta en tiempo de Justiniano mas se cesideraba como modo de adquirir que como título ó causa, porque ninguna accion producia. Posteriormente Justiniano le dió á la donacion la virtud y eficacia de pacto legítimo, mandando que el donante quedase obligado á entregar la cosa donada, como se echa de ver en la ley 35, §. 5.º, C. *de donationibus*, y en el §. 2.º, Institucion del mismo título; y posteriormente por el capítulo 1.º *de pactis*, se estableció que de cualquier pacto, aunque fuese de los que el derecho llama desnudos, naciese obligacion y accion, y otro tanto se dispone por la ley 2.ª, tít. 16, lib. 5.º, en donde se establece por regla que siempre que aparezca que uno se quiso obligar á otro, tenga precision de cumplir aquello á que se obligó; de lo dicho se infiere que de la donacion simple, ya sea cuando se dice que se da de presente, ó cuando se hace promesa de dar, nace una obligacion y accion civil para pedir se cumpla lo prometido.

6 La donacion por causa es aquella que se hace por algun motivo que existe de presente ó existió de pretérito, pues como observa Molina el téologo en su obra *de justitia et jure*, tratado 2.º, disput. 209, la causa, asi para los legados, como para las donaciones entre vivos, que en esto se equiparan, es aquello por lo cual, bien sea presente ó pasado, se hace la disposicion, y propone el ejemplo del que da limosna á otro por su pobreza ó santidad de vida, y advierte que la causa de hacer la donacion no impide que esta se tenga por gratuita.

7 Antonio Gomez en el cap. 12 *de legatis*, número 76, hablando de los legados que se hacen por causa, conviene en los mismos principios que Molina, y añade que aunque la causa sea falsa subsiste el legado, dando por razon que proviene de mera liberalidad.

8 Supuesta esta doctrina se convence que tanto la donacion por causa como la simple, son gratuitas y de mera liberalidad, que no traen su orígen ni proceden de alguna obligacion legal impuesta al que hace la donacion. No debe confundirse la donacion por causa con la que se hace *sub modo*, como advierten en los lugares citados los referidos autores, porque esta se hace con el fin é intencion de que el donatorio haga alguna cosa determinada, y de consiguiente ni el donador da por mera liberalidad, ni el donatario recibe por título lucrativo.

9 Si, pues, la donacion por causa es igualmente gratuita, espontánea y liberal que la simple, como se ha manifestado, es absolutamente falso que la diferencia que se advierte entre la disposicion de las leyes 26 y 29, provenga de que la primera hable de las donaciones simples, y la 2.ª de las que se hacen por causa.

10 Tampoco puede decirse que la diferencia que se advierte entre estas dos leyes consiste en que las donaciones de que habla la ley 26 son voluntarias y espontáneas, y aquellas de que trata la 29 son necesarias y forzadas en virtud de la obligacion que se impone á los padres de hacerlas; digo que no puede consistir en esto la diferencia, pues aunque es cierto que por la ley última, C. *de dotis promissione*, y por la 8.ª, tít. 11, partida 4.ª, se impone al padre la obligacion de dotar á la hija. la

madre no tiene semejante obligacion, y con todo no menos la dote que da la madre que constituye el padre está sujeta por la ley *29* á traerse á colacion é imputarse en la legítima; á esto se aumenta que aun el mismo padre que da al hijo la donacion *propter nuptias*, no tiene por las leyes ninguna obligacion de haberla de dar, y con todo la donacion *propter nuptias* se manda traer á colacion é imputar en la legítima por la ley *29*, del mismo modo que la dote.

11 Conociendo el señor Covarrubias en el cap. 18, *de testamentis*, §. 2.º, número 15, la poca solidez que tenia esta razon, se limitó á decir que las donaciones por causa que hacen los padres á los hijos precisados por derecho, ó impelida del instinto natural, como son la dote y donacion *propter nuptias*, deben traerse á colacion é imputarse en la legítima, con cuya distincion comprendió tanto la dote de parte de madre como la de parte de padre.

12 Aludiendo á esto mismo, dice Tello Fernandez en el Comentario á las dos leyes 26 y 29, al fin del número 4.º, que la donacion por causa se ha de decir aquella en cuanto á imputarse en la legítima, que los padres hacen á los hijos en virtud de la obligacion que les impone la ley, ó porque espresamente por derecho se disponga que se traiga á colacion.

13 La verdadera y genuina razon por la cual la dote y donacion *propter nuptias* se imputan en la legítima, es, segun Cujacio, al fin de la penúltima columna del Comentario al título de C. *de collationibus*, porque el legislador justamente ha creido que siempre que el padre da la dote ó donacion *propter nuptias* lo hace con el ánimo é intencion de que se imputen en la legítima, á la manera que si fuera donacion *mortis causa*, segun la ley 3.ª, §. último, ff. *de bonis libertorum*.

14 Habiendo manifestado que la verdadera diferencia que media entre las dos leyes de Toro no consiste en que en la una se trate de las donaciones simples, y en la otra de las donaciones por causa, ni en que en la 26 se disponga de las donaciones libres y voluntarias, y en la 29 de las necesarias y forzadas, sino que únicamente consiste, segun la doctrina indicada de Cujacio, en que las leyes que disponen que la dote y donacion *proter nuptias* se imputen en la legítima, se fundan en la presuncion de que siempre se cree que estas donaciones las hacen los padres con el ánimo é intencion de que las reciban los hijos á cuenta de su legítima; resta pasar ahora á esponer en particular la disposicion de la ley 26.

15 Se ordena en ella en primer lugar que la donacion que el padre ó madre hicieren á cualquiera de sus hijos, bien sea por testamento ó por cualquiera otra última voluntad, se considere por mejora de tercio y quinto, aunque no se diga; supuesto que las donaciones de que habla la ley en esta parte se han de hacer por testamento, codicilo ó donacion *mortis causa*, que es otro de los modos de disponer por última voluntad, se infiere necesariamente que han de ser ó legados, ó fideicomisos, ó donaciones *mortis causa*, y todas las de estas tres clases ó géneros por derecho romano se imputan en la legítima, segun se dispone en la ley 25, ff. *de inofficioso testamento* en el §. 6.º, Instit., y en la 35, §. 2.º, C. del mismo título, por lo que es á todas luces claro que la presente ley es derogatoria de las leyes romanas que se han citado, pues dice una manifiesta contrariedad el que los legados, fideicomisos y donaciones *mortis causa*, se imputen en la legítima al hijo que las recibe, y que se tengan por mejora de tercio y quinto, como dispone la presente ley.

16 En segundo lugar comprende la disposicion de dicha ley las donaciones que los padres hacen á los hijos por algun contrato entre vivos. Para conocer la estension que debe darse á la espresion literal de la referida disposicion, es indispensable recordar lo que arriba se ha dicho, que la donacion verdadera, pura y simple, es aquella que empieza por la entrega de la cosa con ánimo de no repetirla, y que ninguna otra causa mueva al donante para hacerla que el ejercitar su liberalidad y munificencia, como así se espresa literalmente en la ley 1.ª, ff. *de donationibus*, llamando á esta propiamente donacion.

17 Consiguiente á este principio afirma Cujacio en la novela 38, en el §. inicial, que la donacion simple ni es contrato ni pacto, y lo mismo repite en la novela 119; pero quien con mas estension, claridad y fundamentos legales persuade hasta la evidencia que la donacion simple no es contrato ni pacto, es el docto don José de Retes en su tratado *de donationibus* al capítulo 6.º, en donde entre otras cosas que

alega al intento dice que el contrato, como cualquiera otra convencion, requiere el consentimiento de las partes para su perfeccion de contrato, como consta de la ley 1.ª, ff. *de pactis*, y otras concordantes; asi es que la donacion en cuanto se ejercita por ella la liberalidad y munificencia, solamente proviene del ánimo, voluntad y hecho del donante; luego es claro que ni es contrato ni pacto.

18 Se dirá acaso que sin el consentimiento, voluntad y aceptacion del donatario no puede tener efecto la donacion, y de consiguiente se convence que es necesario intervenga el consentimiento del donante y donatario, lo que constituye la naturaleza de pacto ó convencion; á esto se responde que la donacion en concepto de tal no necesita la aceptacion del donatario para ser por sí un acto de liberalidad y munificencia respecto del donante.

19 En tanto grado es cierto que la donacion verdadera, pura y simple no es contrato ó pacto cuando comienza por la entrega, y que la que principia por la promesa ni es verdadera y propia donacion ni contrato, como sábiamente lo convence el mismo Retes en el cap. 5.º y 6.º citado, al número 6.º hasta el 10, sin embargo de haber dispuesto Justiniano en la ley 35, §. 5.º, C. *de donationibus*, y el §. 2.º *Instit. et eodem*, que de la promesa de dar adquiere el donatario accion para obligar al donante á cumplir lo prometido.

20 No siendo, pues, la donacion simple contrato, pacto ó convencion, como queda manifestado, se convence que la disposicion de la ley que habla de las donaciones que hacen los padres á los hijos por cualquier contrato entre vivos no comprende á las donaciones simples, lo que ofrece un nuevo convencimiento contra aquellos que opinan que la diferencia y variedad de disposiciones que median entre la ley 26 y 29 consiste en que en la primera se trata de las donaciones simples, y en la segunda de las que se hacen por causa. Resta examinar ahora qué donaciones son las que se pueden hacer por contrato.

21 Pertenecen á este género ó clase todas aquellas en que interviene algun pacto ó convencion de acuerdo y consentimiento del donante y donatario, que se llaman legalmente hablando *donationes ob causam*, porque se hacen por alguna causa diversa de la liberalidad y munificencia que solo es propio y peculiar de las donaciones simples. Las donaciones por causa las dividen los autores hablando con propiedad en dos géneros, á saber, uno de aquellas que la causa existe de presente y es ya pasada, y el otro de las que la causa es de futuro, y á estas las llaman donaciones *sub modo* ó *modales*, como son todas aquellas en que se da algo para que el donatario haga ó ejecute alguna cosa, de que se refieren diversos ejemplos en la ley 40 y 72, ff. *de conditionibus*, en la 44, ff. *de manumissis*, y en la 30, ff. *de adimendis legatis*, y la ley 6.ª, tít 4.º, partida 5.ª, les da el mismo nombre y les atribuye igual naturaleza.

22 De estas donaciones que se hacen *sub modo* no se duda que despues de entregada la cosa y aceptada por el donatario queda obligado este á cumplir aquello por lo que se le ha hecho la donacion, segun se dispone en la ley 6.ª y 8.ª, C. *de conditione ob causam*, y otras concordantes, y lo sienta Retes en el cap. 14, número 13, y es la razon por qué en este caso la donacion envuelve negocio, segun se dice en la ley 18, ff. *de donationibus*, y por ello se reputa y tiene por contrato, como lo afirma el mismo Retes al número 5.º del capítulo 6.º ya citado, y este contrato es de aquellos que se llaman innominados *do, ut des, vel do, ut facias*, el que lleva asi envuelto negocio, y como sienta el espresado Retes en el número 9.º, no hay ningun negocio incierto que no se reduzca á unas de las cuatro especies de contratos innominados, de los cuales nace la accion *prescriptis verbis*.

23 Prescindiendo por ahora de si es ó no verdadero contrato la donacion que se hace por causa de presente ó de pretérito, no puede en manera alguna dudarse que la hecha por causa de futuro, que llaman las leyes civiles y la real de partida *sub modo*, es un verdadero contrato innominado que corresponde á una de estas dos clases *do, ut des*, ó *do, ut facias*, de que se deduce por una consecuencia legítima, que estendiéndose espresa y literalmente la disposicion de la presente ley á las donaciones que se hacen por cualquiera contrato entre vivos, estan comprendidas en dicha disposicion las que se ejecutan por causa de futuro, que como se ha dicho, son para que el donatario dé ó haga por su parte alguna cosa, y de consiguiente estas donaciones se deben reputar, segun la ley, por mejora de tercio y quinto, y no imputarse en la legíti-

ma ni traerse á colacion en el sentido que disponen las leyes romanas, con quienes pretenden nuestros autores van de acuerdo las leyes de Toro.

24 Supuesto que las donaciones que se hacen por causa de futuro son verdaderos contratos, y estan comprendidas en la disposicion de la presente ley, lo han de estar tambien sin la mas mínima duda las que se hacen por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento, que son de las que espresamente se trata en las leyes 17 y 22 de Toro, y por lo tanto no deben imputarse en la legítima, sino considerarse como mejora de tercio y quinto.

25 Conociendo Tello Fernandez que la donacion que se hace por contrato ó causa onerosa, asi como por via de casamiento, no se imputa en la legítima, sino que se considera como mejora de tercio y quinto, y que por el contrario la donacion *propter nuptias* no se tiene por mejora, sino que se imputa, pretendió salvar esta contradiccion, y se propuso en el número 5.º del comentario á las leyes 26 y 29 asignar y manifestar la razon de esta diferencia, y afirma, alegando ó valiéndose de la autoridad de Aymon, Aldrado, Decio y otros igualmente antiguos é ignorantes de nuestras leyes, que la donacion que el padre hace al hijo para que contraiga matrimonio no es *propter nuptias* ni *ob causam*, sino pura y simple.

26 Esta ilegal y absurda proposicion la intenta persuadir con una razon del todo inconducente é ineficaz, reducida á que la donacion *propter nuptias* era irrevocable por derecho romano, y las donaciones de que trata la ley 17 son revocables, á no ser que se haya entregado la cosa onerosa en contemplacion del matrimonio; de que infiere que la donacion por contemplacion del matrimonio no es de las que hablan las leyes civiles y llaman *propter nuptias*, porque la de esta especie, segun dichas leyes, es irrevocable.

27 He dicho que es absurda é ilegal la proposicion que afirma que la donacion hecha por causa onerosa como por via de matrimonio no es donacion *ob causam*, sino pura y simple. Esta donacion envuelve en sí un verdadero contrato innominado, en virtud del cual quedan obligados los contrayentes el uno á entregar la cosa donada si la donacion empezó por la promesa, y el otro á llevar á efecto el matrimonio, como se convence de la decision espresa de las leyes 17 y 22 de Toro: si la donacion, pues, es un verdadero contrato, ha de estar comprendida en la definicion que los jurisconsultos hacen del contrato, deducida de la ley 7.ª, §. 1.º y 2.º, ff. *de pactis*, á saber, que es una convencion que tiene su nombre especial, y en falta de él una causa civil: esta causa la definen los mismos diciendo que es la donacion ó hecho de uno con la condicion de que el otro por su parte dé ó haga alguna cosa. Ahora bien, si la donacion que se hace como por via de matrimonio envuelve en sí una causa onerosa que produce obligacion civil, segun espresa y determinadamente lo declaran las leyes 17 y 22, ¿no será un manifiesto y conocido absurdo pretender persuadir que una donacion de esta especie no sea donacion *ob causam*, sino simple y pura, la que como repetidas veces se ha dicho, solo se hace por ejercitar la liberalidad y munificencia, y que ninguna obligácion supone al donatario?

28 En tanto grado es cierto que la donacion que se hace por causa onerosa no es simple sino *ob causam*, que aun la donacion *propter nuptias* declara Justiniano en la ley 20, C. *de donationibus ante nuptias*, que las donaciones de esta especie no son simples ni puras. Si aun la donacion *propter nuptias* no lo es simple y pura, segun Justiniano, cómo lo habia de ser la que se hace por una causa onerosa que por el mismo hecho participa de la naturaleza de los contratos innominados, pues de otro modo seria preciso escluir de la clase de estos los contratos de *do, ut des, do, ut facias*, que producen una accion civil cuando la donacion simple, como observa Retes en el cap. 14, número 4.º de su citado tratado de donaciones, es acto de liberalidad y el contrato de negociacion, en el negocio mira uno por sí, y en la liberalidad procura aprovechar á otro.

29 Dije tambien que la razon de que se valia Tello para probar que la donacion hecha por via de matrimonio era simple y no *ob causam*, es del todo inconducente é ineficaz, pues aunque sea cierto que la donacion *propter nuptias* sea distinta y diferente de la que se hace por causa onerosa como por via de matrimonio, la consecuencia que deduce Tello es legítima, pues siendo la donacion hecha por via de casamien-

ro, de que habla la ley 17, irrevocable como la donacion *propter nuptias*, no puede consistir la diferencia de estos dos géneros de donaciones en que la una sea irrevocable y no la otra.

30 Para la mas clara inteligencia de lo que queda espuesto debe tenerse presente la diferencia que media entre el caso de que habla la ley 17 y del que trata la 26: en la 1.ª se dispone acerca de la irrevocabilidad de la donacion que el padre hace al hijo por causa onerosa con un tercero, de forma que no basta que la causa sea onerosa si el contrato no se ha hecho con un tercero, ni que se haya celebrado con un tercero si la causa no es onerosa; por lo que con razon dice Tello al número 69 de la ley 17 que si el padre hace donacion á un hijo por contrato con un tercero la podrá revocar siempre que quiera, porque aunque esté el contrato celebrado con un tercero no se puede decir que es por causa onerosa si el tercero no tiene interés en él, y por el contrario si el padre hace donacion al hijo por causa onerosa en que no tiene interés un tercero, será igualmente revocable, por lo que concluye que cautamente pide la ley copulativamente uno y otro requisito.

31 En la 26 no se trata de si es ó no irrevocable la donacion que se hace á un hijo por cualquiera contrato, limitándose su disposicion á declarar si la donacion hecha de este modo debe ó no reputarse por mejora de tercio y quinto, con lo que se manifiesta que la diferencia entre estas dos leyes recae y se limita á la irrevocabilidad de la donacion hecha por contrato; pero en ninguna manera se estiende á establecer la mas mínima diversidad en cuanto á que la donacion de que habla una y otra ley deje de reputarse por mejora de tercio y quinto.

32 De aqui se infiere que aun cuando la ley 17 no declarase espresamente que la donacion que se hace por causa onerosa con un tercero se tuviese por mejora de tercio y quinto, deberia reputarse por tal, y es la razon, porque haciéndose por causa onerosa se hacia por contrato, y la que se hace por cualquiera contrato entre vivos se tiene por mejora, aunque no se esprese, segun se previene en la presente ley, y aun hay otra razon muy poderosa que persuade esto mismo, y es que la donacion que se hace por contrato produce en el donatario obligacion de dar ó hacer alguna cosa, y por lo tanto no puede imputársele en la legítima que escluye toda carga ó gravámen, y de consiguiente es preciso que la donacion se repute por mejora de tercio y quinto, ley 32, C. *de inofficioso testamento*, ley 17, tít. 1.º, y la 11, tít. 4.º, partida 6.ª He dicho arriba en el progreso de este Comentario que las donaciones que se hacen por contrato entre vivos se deben reputar, segun la ley, por mejora de tercio y quinto, y no se han de imputar en la legítima, ni traerse á colacion en el sentido que disponen las leyes romanas, con quienes pretenden los autores regnícolas van de acuerdo las leyes de Toro, en lo que padecen una notable equivocacion, como se manifestará y hará demostrable en el Comentario á la ley 29, contentándome con decir por ahora que aunque dichas donaciones se imputen en la legítima en lo que escedan del valor de la mejora de tercio y quinto, siempre quedan sujetas á colacionarse en el todo, no con el fin de dividirlas y partirlas con los coherederos para guardar igualdad entre los mismos, sino con el de averiguar su valor, y conocer si son ó no inoficiosas y que no perjudiquen á los demas coherederos en sus legítimas, y que el padre no pueda mejorar á cualquiera de los otros hijos en mas de lo que escediese el valor de dicho tercio y quinto, como asi se espresa en la presente ley. En suma, debe decirse que la colacion de estas donaciones no se hace para guardar igualdad entre los hijos en la division de los bienes del padre, como disponian las leyes romanas, sino únicamente con el fin de que los hijos no reciban perjuicio en sus legítimas, ni el padre pueda invertir en mejoras mayor cantidad que la que importase el valor del tercio y quinto de sus bienes al tiempo de su muerte.

33 Epilogando la disposicion de la presente ley, se reduce á que toda donacion que hacen los padres á los hijos por última voluntad ó por algun contrato entre vivos se reputa por mejora de tercio y quinto, aunque no lo digan, de forma que no puede lo que montare el valor de dicho tercio y quinto, y si de mayor valor fuere, valga solamente la donacion hasta en la cantidad del espresado tercio y quinto y legítima

34 De la esposicion que se ha hecho de la decision de esta ley se convence cuánto se han alucinado y apartado de su verda-

dera inteligencia nuestros Comentadores, que comunmente opinan que la ley habla y debe entenderse de las donaciones simples. El fundamento de una interpretacion tan arbitraria no puede dimanar de otro principio que el de suponer que las donaciones simples no se traen á colacion por las leyes romanas; sino que se reputan virtualmente por mejora, y como las donaciones de que trata la presente ley se consideran igualmente por mejora, aunque el donante no lo esprese, de aqui han inferido que las donaciones son simples; no por esto niego que las donaciones simples se tengan por mejora, como se manifestará en la ley 29.

35 Para conocer la poca solidez de este raciocinio basta reflexionar que la ley solo comprende en su resolucion dos grados de donaciones; unas que se hacen por última voluntad, y otras por contrato entre vivos; las del primer género no pueden colocarse en la clase de donaciones simples, porque estas llevan por su naturaleza y esencia el hacerse en vida, y las que se hacen por última voluntad se reputan por hechas por causa de la muerte, y no tienen efecto hasta que se verifica la del donante, el que manifiesta quiere mas retener la cosa en su poder por el tiempo de su vida que el que pase al donatario, cuando en las donaciones entre vivos sucede lo contrario.

36 Las del segundo género con mayor razon no pueden reputarse por donaciones simples, pues aunque unas y otras se hacen entre vivos, las que se celebran por contrato degeneran algun tanto de la naturaleza de donaciones simples, porque en aquellas interviene y se mezcla negocio, como se ha indicado arriba, y producen obligacion en el donatario de hacer ó dar algo en recompensa de lo que ha recibido; todo lo cual diametralmente es opuesto á la esencia de la donacion simple, que únicamente se hace por ejercitar la liberalidad, y considerándose como un título mere lucrativo sin que nazca de él ninguna obligacion en el donatario. Puede, pues, asegurarse con entera confianza de no ser desmentido que de nada menos habla la presente ley que de las donaciones simples, y á mayor abundamiento se pueden tambien decir que no se encuentra entre las leyes de Toro una que haga espresa mencion de ellas, siendo asi que son tantas las que hablan de mejoras.

37 Palacios Ruvios, que fue uno de los ministros que asistieron á la formacion de las leyes de Toro, tratando en la repeticion al capítulo *per vestras*, §. 22, número 13, de la inteligencia de esta ley, afirma que las donaciones de que habla primero deben imputarse en la legítima, y en el esceso se han de considerar por mejoras, y asegura que esta inteligencia se le dió á la ley cuando se formó. Hecho cargo Antonio Gomez de la esposicion de Palacios Ruvios, con razon le reprende en el número 30 del Comentario á la ley 29, donde siguiendo el órden que observa la ley 26 le hace ver que primero se han de considerar por mejora las espresadas donaciones, y solo en el esceso se han de imputar en la legítima.

38 El mismo Palacios Ruvios conoció su error en el Comentario á la ley 29, número 27, donde conjetura que las donaciones que se hacen por causa, primero se imputan en la legítima, y en el esceso se tienen por mejora, á diferencia de las otras donaciones de que trata la ley 26, que primero se consideran por mejora, y en el esceso se imputan en la legítima.

39 De lo dicho se infieren dos cosas dignas de tenerse presentes, la primera que si las palabras de que usa Palacios Ruvios en el lugar citado de su reeleccion para probar el sentido que da á la ley diciendo que asi lo practicamos y lo entendimos cuando formamos dicha ley, se refieren á los ministros que asistieron á las cortes de Toro (como parece deben entenderse dichas palabras), se engañó, y debe leerse con desconfianza en donde refiera algunas particularidades ó que asegure acaecieron en dichas cortes. La segunda cosa digna de notarse es la poca sinceridad con que procede Gomez en impugnar el dictamen de Palacios Ruvios, pues habiéndolo abandonado en el Comentario que publicó de las leyes de Toro, que fue posterior á la reeleccion que trabajó al capítulo *per vestras*, calla Gomez esta particularidad, siendo asi que escribió su Comentario á las leyes de Toro trece años despues que el de Palacios Ruvios, habiéndose impreso el primero el año de 1542, y el segundo en 1555, y por lo tanto lo cita Gomez en varias partes de su obra.

40 Para la mas cabal inteligencia de la presente ley conviene examinar una duda muy curiosa y delicada acerca de su disposicion. Un padre de familias teniendo hijos y nietos legó por su testamento varias

alhajas de valor á sus hijos y nietos, y tambien á un estraño, y dispuso ó legó todo el tercio á uno de sus hijos, y el quinto lo mandó á un estraño. Se duda de dónde deberá deducirse el valor de las alhajas legadas, supuesto que la presente ley las reputa por mejoras, aunque el testador no lo haya espresado, esto es, si se han de deducir del tercio ó del quinto de los bienes del testador.

41 La presente duda se la propuso primeramente Palacios Ruvios, y fue de parecer que debian computarse semejantes donaciones en el tercio de los bienes del testador y no en el quinto, porque si se entendiera que estas mejoras se hubieran de sacar del quinto, tendria el mejorado que satisfacer de la mejora los legados pios y graciosos y los gastos del funeral, lo que no sucederia si la mejora se sacase del tercio.

42 Ayora, refiriendo esta doctrina de Palacios Ruvios en la parte 2.ª *de partitionibus*, cuestion 4.ª, se conforma con la opinion de Palacios Ruvios, pero no aprueba la razon en que la funda, á saber, que no se debe hacer la deducion del quinto por estar este destinado á favor del alma, y asi dice que si el testador legase todo su quinto á un estraño sucederia lo mismo que si le hubiera dejado en beneficio de su alma, y asi debe decirse que la mejora en el caso de la disputa debe sacarse del tercio ó de la parte que alcance á cubrirla, y no del quinto. Pasando Ayora á señalar la razon en que debe fundarse el deber sacarse antes la mejora del tercio que del quinto, dice; porque en caso de duda se presume que el testador da ó lega lo que es menos y le causa menor gravámen, persuadiéndose que obra como un prudente padre de familias, segun varias leyes que cita del derecho civil.

43 Por el contrario, si cuando el padre da alguna cosa al hijo se entendiese que solo daba del quinto de sus bienes, se perjudicaria á la facultad que le concede la ley de disponer libremente del quinto, ó ya sea en favor del alma ó ya de los estraños, lo que no puede hacer del tercio, porque siendo legítima de los hijos tiene precision de dejársela, y asi cualquier disposicion dudosa debe interpretarse segun aquello que es verosimil que quisiese el testador, segun la ley 67 *de regulis juris*, y otras que cita.

44 Angulo en la ley 10 del título de las mejoras, glosa 4.ª, número 4.º, es de la misma opinion que Palacios Ruvios y Ayora. Acevedo en la dicha ley 10, tít. 6.º del libro 5.º de la Recopilacion, número 23, propone la misma duda, y se conforma con la opinion de Ayora.

45 Otra razon hay á mi parecer mas convincente para persuadir la esposicion que dan á la ley los citados autores.

46 Despues de haber dispuesto esta que las dichas mandas ó donaciones que los padres hacen á los hijos sean reputadas por otras tantas mejoras, pasa á declarar la especie á que corresponden, y las pone en la clase del tercio y quinto, espresando en primer lugar á aquel que á este para manifestar que las dichas mandas ó mejoras primero deben cubrirse con los bienes del tercio, y si estos no alcanzan con los del quinto, en la parte que sobre despues de satisfechos los gastos de cera, misas y funeral, segun la ley 30 de Toro.

47 De forma que por el órden que observa la ley en espresar el tercio y el quinto quiso manifestar que primero se habian de satisfacer las mejoras del capital del tercio que del quinto para no perjudicar al testador de la facultad ilimitada que le concedia la ley de disponer del remanente ó sobrante del quinto despues de satisfechos los gastos prevenidos en la ley 30 de Toro.

48 Por la razon inversa las mandas que el testador hizo á los estraños deben sacarse del capital del quinto, que es de lo único de que se le permite disponer entre los estraños, y no del tercio, por ser este una legítima necesaria de los descendientes en comun, aunque libre de cada uno en particular.

49 En la ley 29 de Toro se halla una disposicion que corrobora y confirma la interpretacion que se ha dado á la 26. Tratándose de cuándo las donaciones ó dotes que los padres hacen ó dan á sus hijos son inoficiosas, dispone que se traiga á colacion para partir con los demas hermanos todo aquello en que las dichas donaciones y dotes fueren inoficiosas; y declara que para ser inoficiosas se ha de mirar á lo que esceden de su legítima, tercio y quinto; con lo que manifestó sin la menor duda que la deducion de dichas donaciones y dotes se habia de hacer por el órden que espresaba, á saber; en primer lugar debia imputarse en la legítima; en segundo en el tercio, y en tercero en el quinto; con que si la ley 26 ordena que las mejoras se saquen del tercio y del quinto, es claro quiso se guardase el

órden de la letra para cubrir dichas mejoras.

50 No obsta al intento que el testador haya dispuesto espresamente del tercio mejorando á uno de sus hijos en él, para que no se entiendan mejoras virtuales y tácitas las mandas que hizo á los demas, pues tambien mejoró espresamente en el quinto á su consorte, y sin embargo no puede decirse que las referidas mandas se deben sacar del quinto por reputarse por legados, pues aunque es cierto que del quinto deben satisfacerse estos, esto se debe entender cuando se hacen á personas estrañas que no se hallan en la línea efectiva ó de descendientes.

Ley XXVII de Toro; es la 11, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Mandamos, que cuando el padre ó la madre, mejoraren á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento, ó en otra cualquiera última voluntad, ó por contrato entre vivos, que le pueda poner el gravámen que quisiere, asi de restitucion como de fideicomisso, é facer en el dicho tercio los vínculos é submissiones é substituciones que quisieren, con tanto que lo fagan entre sus descendientes legítimos, é afalta de ellos que lo puedan facer entre sus descendientes y legítimos que hayan derecho de les poder heredar, y á falta de los dichos descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes, é á falta de los susodichos puedan hacer las dichas submissiones entre sus parientes, é á falta de parientes entre los estraños, é que de otra manera no puedan poner gravámen alguno, ni condicion en el dicho tercio: los cuales dichos vínculos é submissiones, ora se fagan en el dicho tercio de mejoría, ora en el quinto, mandamos que valan para siempre ó por el tiempo que el testador declarare, sin facer diferencia de cuarta ni de quinta generacion.

COMENTARIO

á la ley 27 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando alguno de los padres mejorare en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus hijos ó descendientes legítimos, bien sea por testamento ó entre vivos, le pueda imponer el gravámen que quisiere, ya sea de restitucion ó fideicomiso, y hacer los vínculos y substituciones que le pareciere, con tal que sea entre sus descendientes legítimos, y en su defecto entre sus descendientes ilegítimos que tengan derecho de poder heredar, y á falta de estos entre sus ascendientes, y no teniendo ascendientes, entre sus parientes, y en su defecto entre los estraños, y que de otra manera no puedan poner gravámen ni condicion en el tercio, y que los dichos vínculos y súmisiones, ya se hagan en el tercio ó en el quinto, valgan para siempre ó por el tiempo que dispusiere el testador, sin hacer diferencia de cuarta ni quinta generacion.

2 Como por la ley 9.ª del fuero real tít. de las mandas, se hallaba dispuesto que el padre que tuviese hijos ó descendientes que le hubiesen de heredar no pudiese mandar á los estraños mas de la quinta parte de sus bienes, y que pudiese mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus hijos ó descendientes legítimos, se venia en conocimiento de que por dicha ley se suponía que el tercio de los bienes del padre era legítima precisa y necesaria de los hijos y descendientes respecto de los estraños, y libre y voluntaria de los hijos y descendientes entre sí, y de consiguiente estaba inhabilitado el padre de imponer en el tercio de mejora ningun gravámen de vínculo ó restitucion ó fideicomiso, como que era el dicho tercio legítima debida necesariamente á los hijos y descendientes, la que escluye todo gravámen ó restitucion, segun la ley 17, tít. 1.º, la 11, tít. 4.º y la 1.ª, tít. 11 de la 6.ª partida.

3 Sentado este principio se hacia indispensable para poder gravar el tercio de mejora que hubiese una ley que le concediese esta facultad, á cuyo fin se estableció y ordenó la presente ley, por la que se le dió al padre la facultad que no tenia de poder gravar el tercio de mejora, y se pusieron ciertas limitaciones en el uso de esta misma facultad. De aqui se infiere que el objeto primario y directo de la ley fue ampliar y estender la facultad de los padres en la disposicion del tercio de mejora, y secundariamente se atendió á que los hijos y descendientes no quedasen privados del derecho que les daba la ley del fuero real á la tercera parte de los bienes de su padre ó ascendiente. Este preámbulo, que acaso parecerá á primera vista una repeticion molesta é importuna, servirá para dar mucha luz á las dudas que se han

de resolver en el presente Comentario.

4 Antes de proponer y resolver las dudas que suscitan los autores acerca de la inteligencia y resolucion de esta ley, me ha parecido manifestar el concepto que formó de ella el señor don Gaspar Jovellanos en el informe que estendió á nombre de la sociedad económica de amigos del pais de Madrid sobre la ley agraria, que ciertamente es poco honorífico á sus autores.

5 En primer lugar no duda atribuirle el epiteto de bárbara, á causa de que permitiendo vincular las mejoras, privó á los buenos padres del derecho que les dispensaba la ley del fuero, de recompensar la virtud de los buenos hijos, y robó á la virtud todo lo que dió á la validacion de las familias de las generaciones futuras.

6 Tambien le imputa que abrió la ancha puerta por donde desde el siglo XVI entraron, como en irrupcion, á la hidalguía todas las familias que pudieron juntar una mediana fortuna: número 200 de la obra citada. Examinemos con una corta detencion el peso de las razones en que se apoya tan acre censura.

7 Si las mejoras las permitió la ley del fuero para que los buenos padres pudiesen recompensar la virtud de los buenos hijos, segun sienta este autor, el que la ley de Toro concediese á los padres la facultad de vincular dichas mejoras no fue en realidad privarles de premiar con ellas la virtud de los buenos hijos, pues dejó á la libre voluntad del padre de elejir el hijo que tuviese por mas benemérito ó acreedor al beneficio de la mejora: es, pues, claro que la disposicion de la ley de Toro ni cohartó á los buenos padres la facultad que les concedia la ley del fuero, ni privó á los buenos hijos de poder recibir el premio de su virtud.

8 Acaso se dirá que habiendo de continuar vinculada la mejora en el primogénito del mejorado, se priva este de la facultad que le concede la ley del fuero de mejorar á otro de sus hijos, lo que en realidad no es asi, porque el mejorado queda con absoluta libertad de mejorar á cualquiera de sus hijos con los bienes nuevamente adquiridos ó que recibió de sus padres con título de herencia.

9 Es cierto que la mejora vinculada para los primogénitos del mejorado impide á este elegir entre sus hijos al que ha de suceder en ella; pero este perjuicio aparente no proviene inmediatamente de la vinculacion, sino de los llamamientos á causa de que podia el mejorante haber dejado á la eleccion del mejorado designar al hijo que habia de suceder en la mejora; pero todavia por este medio no se salvaban los inconvenientes, porque no siempre los padres quieren mas á los hijos mejores.

10 Supone el antagonista de las mejoras vinculadas, que por su medio entraron como en irrupcion á la hidalguía todas las familias que pueden juntar una mediana fortuna. Esta suposicion envuelve el error de fundar la hidalguía de sangre en la adquision de las riquezas.

11 No son á la verdad estas causas de la hidalguía sino apoyo para sostenerla. Ella se concede por los méritos personales contraidos en beneficio del estado, y como la esperiencia constantemente acredita que es inútil y aun perjudicial el distintivo de la nobleza sin bienes con que sostenerla, de aqui es que las riquezas se requieren para la hidalguía, no como causa, sino como medio no solo conveniente, sino necesario para su conservacion á la manera que se conceden los sueldos á los empleados en el ministerio público, los que no se dan por obtener el empleo, sino para sostener y mantener el empleado.

12 Todavia pasa mas adelante el empeño del señor Jovellanos, y con deseo de impugnar la disposicion de la ley pregunta al número 199: ¿qué es lo que justifica el derecho de vincular el tercio y quinto, esto es, la mitad de todas las fortunas con perjuicio de los derechos de la sangre? Causa no pequeña admiracion al ver esta pregunta, que una ley cuyo principal objeto se dirige á procurar la conservacion, lustre, aumento y gloria de las familias, se la gradúe y estime contraria á los derechos de la sangre.

13 Ordena la ley que en el caso que los padres quieran mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus hijos ó descendientes puedan vincular los bienes comprendidos en la mejora, con tal que llamen en primer lugar á alguno de sus descendientes legítimos, y á falta de estos á los ilegítimos capaces de heredar, y en su defecto á sus ascendientes, y cuando todos estos falten puedan llamar á sus parientes, y evacuando todos estos llamamientos y substituciones les concede el permiso y fa-

cultad de llamar y substituir en último lugar á los estraños.

14 ¿Seria creible que á una ley que tan circunstanciadamente llama á todos los parientes del autor de la mejora vinculada, graduándoles el órden de la sucesion que debia discurrir entre los descendientes, ascendientes y colaterales del mismo, se le atribuya é impute la cualidad de perjudicial y contraria á los derechos de la sangre?

15 No impone la ley obligacion de que haya de ser perpetua la vinculacion, sino que deja al arbitrio y voluntad del fundador limitar su disposicion al grado y personas que le parezca, con tal que no invierta ni altere el órden de los llamamientos establecido en la misma; y caso que la voluntad del fundador sea hacer perpetua la vinculacion, no permite que entre á suceder en ella ningun estraño sin que antes se hallen estinguidas todas las líneas que estan en torno del fundador, bien sean descendientes, ascendientes ó colaterales. Si á una disposicion tan terminante y decidida a favor de los parientes del fundador se la reputa por contraria á los derechos de la sangre, ¿cómo deberia ser para que se la graduase de favorable?

16 Se hace reparable que el autor de la crítica hable en iguales términos de la vinculacion del quinto que de la del tercio, pues no siendo aquel legítima de los hijos, sino de libre disposicion de los padres, aun para con los estraños, vincular dicha mejora guardando el mismo órden de llamamientos que la del tercio tan lejos está de causar perjuicio á los derechos de la sangre, que antes bien les hace un conocido beneficio dando preferencia á los parientes en la sucesion de unos bienes que podia dejarlos á los estraños.

17 No guarda la mayor consecuencia en su raciocinio el censor de la ley cuando aprueba la disposicion de la ley del fuero que permite las mejoras libres, y reprueba las vinculadas por contrarias á los derechos de la sangre. Es constante que tanto en las mejoras libres como en las vinculadas es preferido el mejorado á todos sus parientes de igual ó mejor grado, y tiene á mas la facultad de enagenar en vida á cualquiera estraño los bienes de la mejora, y en muerte no dejando herederos forzosos en las líneas de descendientes ó ascendientes puede disponer de los mismos con esclusion de sus colaterales en beneficio de cualquier estraño. Todo lo cual se le prohibe espresamente en la mejora vinculada, de cuyos bienes ni le es permitido disponer en vida enagenándolos, ni en muerte llamando á la sucesion á ningun estraño hasta estinguida la última línea de los colaterales, de que parece debe inferirse que si la mejora vinculada es contraria á los derechos de la sangre, debe decirse que lo es todavia con mayor razon la libre.

18 La primera duda que se presenta acerca de la inteligencia de esta ley se reduce á si los padres podrán variar, invertir ó alterar el órden de las sucesiones, llamamientos y substituciones que prescribe la ley; y todos nuestros autores, y aun los estrangeros, convienen en negar á los padres semejante facultad, segun el señor Castillo lib. 2.º, cap. 3.º, número 1.º de las controversias, lo que puede mirarse como una especie de prodigio atendida la propension que reina entre los comentadores de impugnarse y contradecirse. El fundamento de la resolucion lo toman de la misma ley que despues de conceder á los padres la facultad de gravar el tercio de mejora con vínculos y substituciones, añade *con tanto que*, señalando el órden que han de observar y guardar en ellas, lo que equivale y es en realidad una condicion que da forma á la disposicion, y su defecto por consiguiente la vicia y anula por ser de substancia del acto que debe cumplirse específica y literalmente, segun la ley 44 y 55, ff. *de conditionibus et de most.*, y Castillo en el lugar citado.

19 Mayor dificultad se ofrece en la siguiente duda: vinculado el tercio de mejora es indispensable hacer todos y cada uno de los vínculos, sumisiones y substituciones que se previenen en la ley; á cuya duda respondo con la siguiente distincion. Si el testador ó fundador quiere que el vínculo continúe y llegue hasta los estraños, es indispensable que haga todas y cada una de las sumisiones, vínculos y substituciones prevenidas en la ley, y es la razon porque el tercio de mejora es legítima de los hijos y descendientes legítimos del testador, y para que esta llegue á los estraños no solo han de haber faltado los descendientes legítimos del mismo, sino tambien los ilegítimos y los parientes de la línea de los ascendientes y de los transversales, como clara y terminantemente lo espresa la ley por las palabras siguientes: *y que de otra ma-*

nera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho tercio, cuyas palabras como puestas á continuacion de haber acabado de poner las sumisiones y substituciones, es claro y manifiesto que se refieren á todas ellas y las comprenden.

20 Esto mismo se convence de la resolucion á la duda antecedente, en que como se dijo, todos los comentadores convienen en que no se puede invertir ni alterar el órden de las substituciones dispuestas y ordenadas por la ley; con que para que llegue el caso de que el tercio de mejora pase á los estraños, es preciso é indispensable se hayan hecho y precedido todas y cada una de las substituciones anteriores á la de los estraños.

21 Pero si la voluntad del testador ó fundador no es hacer un vínculo perpetuo y con todos los llamamientos y substituciones prevenidas en la ley, sino temporal y limitado á ciertas y determinadas substituciones de las que se espresan en la ley, digo que por lo menos deberá estender los llamamientos y substituciones á todos sus descendientes legítimos, y me fundo para esta asercion en que á continuacion de haber concedido la ley facultad á los padres de gravar el tercio de mejora, añade como una condicion precisa é indispensable: *con tanto que lo hagan entre sus descendientes legítimos*, y cuando no bastara esta razon tan terminante, hay otra no menos convincente, cual es que por la ley citada del fuero real los padres no pueden disponer del tercio de mejora libremente y sin gravamen alguno sino entre sus descendientes legítimos, y seria un absurdo creer que por la facultad que se ha concedido á los padres por la presente ley de poder gravar el tercio de mejora se privaba á los hijos y descendientes del derecho que á él tenian; lo que es tan ageno de la disposicion de la ley, que antes bien manifiesta tan claramente que quiso conservar el derecho que tenian los descendientes legítimos al tercio de los bienes de los ascendientes, que cuando les concedió la facultad de poderle poner el gravamen de restitucion fue con la precisa condicion, y no sin ella, de haber de ser el gravamen á favor de los descendientes legítimos.

22 Esta resolucion suscita otra duda que dice cierta correlacion y órden con la antecedente, y es si el padre despues de haber gravado el tercio de mejora á favor de un hijo ó descendiente legítimo podrá limitar y cohartar el gravamen de restitucion ó substituciones á los hijos y descendientes del mejorado sin hacer mencion el testador, ni substituir á sus otros hijos ó descendientes que tuviese el mismo testador al tiempo que hizo la mejora, ó mas claro si podrá el padre, por ejemplo, mejorar á su hijo segundo, é imponerle el gravamen de restitucion á favor únicamente de los descendientes de aquel hijo mejorado, sin llamar para en falta de estos al hijo mayor y sus descendientes, antes bien espresamente los escluye diciendo que en el último de los descendientes del hijo mejorado queden libres los bienes, y pueda disponer de ellos á su voluntad.

23 Digo que el testador puede hacer y dejar el tercio de mejora en los términos espresados, y en cualquiera otros que limiten el número de substituciones ó el tiempo de la duracion del gravamen, con tal que no disponga contra el órden prevenido en la ley, á saber, de que los bienes pasen á los ilegítimos antes de acabarse los legítimos, y observe lo mismo en los restantes llamamientos ó substituciones.

24 La razon de esta resolucion se funda en la disposicion de la misma ley, por la que se deja á la voluntad de los testadores que los vínculos y sumisiones que hagan duren para siempre ó por el tiempo que declararen sin hacer diferencia de cuarta ni de quinta generacion, con que es claro que las sumisiones y substituciones no deben transcurrir por todas las líneas de los descendientes legítimos del testador, porque en tal caso era escusado el decir que los vínculos durasen por el tiempo que declarase el fundador sin hacer diferencia de cuarta ni de quinta generacion, sino que deberia haber espresado que continuasen por todo el tiempo que durasen los descendientes del fundador, lo que era incompatible con la facultad que se le concede de limitar las substituciones al tiempo de su voluntad.

25 Ni era correspondiente que la ley coartase la libertad del padre en este punto, pues como arriba dejo manifestado, por la ley del fuero real el padre tenia la facultad de dejar el tercio de mejora á cualquiera de sus hijos ó descendientes, y como por la presente ley no se limitó y restringió la facultad de que gozaba el padre, sino que antes bien se amplió á concederle

que pudiese imponer al tercio de mejora el gravamen de restitucion ó fideicomiso, y por el contrario los hijos y descendientes no adquirieron mayor derecho al tercio de mejora del padre que el que les competia por la ley citada del fuero real, de aqui es y se infiere que el padre quedó con la libertad que tenia de dejar el tercio de mejora al descendiente que le pareciese, y á mas con la facultad de poder estender este tercio de mejora por medio de las substituciones que le concede la presente ley al número de descendientes y generaciones que le pareciese, sin que pudiesen quejarse como agraviados los demas descendientes no llamados al fideicomiso, como no se podian quejar antes de no haber sido mejorados en virtud de la esplicada ley del fuero real.

26. Aun se puede alegar en convencimiento de este mismo punto que la facultad que la ley dispensó al padre fue un privilegio directa y primariamente concedido en su favor, y á cualquiera le es permitido renunciar del privilegio otorgado en su favor, ó hacer el menor uso que pueda de él porque cuanto menos estienda su uso, tanto mas se conforma con la disposicion del derecho comun, que estaba suspendida por la concesion del privilegio; con que cuanto menos estienda el padre el gravamen de restitucion del tercio de mejora ó las substituciones entre sus descendientes legitimos, mas se conforma con la disposicion de la precitada ley del fuero real.

27. De la resolucion de esta duda nace otra, que por tener mucha analogía con ella me ha parecido examinarla á continuacion, y se reduce á si dejando el padre el tercio de mejora á un hijo ó descendiente legítimo, podrá disponer que por la muerte del mejorado pasen los bienes á otro hijo ó descendiente suyo, y no á los hijos del primer llamado, ó lo que es lo mismo, si podrá el padre en el tercio de mejora fundar un vínculo de cualidad agnaticia ó masculina, ó precisamente ha de ser de sucesion regular.

28. En esta duda soy de parecer que el padre tiene facultad de disponer del tercio de mejora como le pareciere, bien sea fundando vínculo de cualidad agnaticia ó masculina ó de sucesion regular, con tal que antes de pasar á suceder y llamar á los ilegítimos se hayan de haber concluido todos los varones y hembras descendientes legítimos del testador.

29 Para persuadirme que en el padre reside esta facultad me fundo en que por la ley tantas veces citada del fuero real el padre podia dejar el tercio de mejora al hijo ó descendiente que le pareciere sin limitacion alguna: por la presente ley de Toro únicamente se le concedió al padre la facultad de gravar el tercio de mejora con la precision de haber de hacer los llamamientos ó substituciones por el órden de personas de la clase que en la misma se especifican. En la de los descendientes legítimos no se dice mas sino que no pase á los ilegítimos el llamamiento y sucesion hasta concluidos y estinguidos todos los legítimos; con que el padre quedó por esta ley con la misma facultad de hacer los llamamientos y substituciones entre los descendientes legítimos que tenia antes por la ley del fuero para dejar el tercio de mejora al hijo ó descendiente legitimo que le pareciere.

30. Aun hay otra razon no menos poderosa, que no la he visto en los Comentadores, y es la siguiente; tan libre es el padre de disponer del tercio de mejora entre sus descendientes legítimos por la ley del fuero y por la presente como del quinto entre los estraños; es asi que en virtud de esta libertad de disponer el padre del quinto puede hacer los llamamientos que le pareciere, bien sean de agnacion, masculinidad ó sucesion regular; con que lo mismo ha de poder hacer en el tercio de mejora entre sus descendientes legítimos. Que el padre tenga igual potestad de disponer del tercio que del quinto en los términos espresados es innegable, porque por la ley del fuero se le permite dejar el tercio de mejora al hijo ó descendiente legítimo que le pareciere, y por la de Toro se le concede que pueda hacer los vínculos y substituciones que quisiere, sin señalarle línea ni grado, sino únicamente que las haya de hacer entre sus descendientes legítimos, luego se infiere claramente que el padre tiene igual libertad para disponer del tercio de mejora entre los descendientes legítimos que del quinto entre los estraños, con tal que no pase á llamar á los ilegítimos hasta que se halle enteramente estinguida la descendencia legítima, tanto de hembras como de varones, como observa el señor Molina, lib. 2.º, cap. 12, número 55, y Tello Fernandez, número 16, Acevedo, número 39 y siguientes.

31 Luis Avendaño en la glosa 2.ª á esta ley, número 10, establece una opinion opuesta é incompatible con las dos antecedentes. Afirma que elegido por el testador el hijo ó nieto que ha de recibir el tercio de mejora, es indispensable y preciso que llame y le substituya á todos los hijos y descendientes del mejorado hasta que se concluya su línea. He dicho que esta opinion es opuesta é incompatible con las dos antecedentes sentadas, porque si el testador tiene obligacion de substituir todos los descendientes legítimos del hijo mejorado, no podia el padre ni disminuir á su voluntad, como queda probado, el número de llamamientos y substituciones, ni hacer los llamamientos y substituciones entre las varias líneas de descendientes, como sucede en los vínculos de cualidad, como son los de agnacion y masculinidad.

32 El fundamento de esta opinion lo pone en que la ley dice que las substituciones se han de hacer entre los descendientes, con cuyas palabras manifiesta que se han de substituir necesariamente todos los descendientes del mejorado justa y sucesivamente uno despues de otro, porque de otro modo no podria decirse que se hacia entre los descendientes, sino en uno de ellos, mayormente habiendo la misma razon para substituir á uno que á otro, por lo que deben ser substituidos y comprendidos en los llamamientos todos los descendientes de la misma línea.

33 Si este comentador se hubiera detenido á reflexionar que si el testador estaba precisado á substituir á todos los descendientes de la línea del mejorado, en vano le habria concedido la ley la facultad de hacer las substituciones por el tiempo de su voluntad, sin hacer diferencia de cuarta ni quinta generacion, se habria abstenido de establecer una opinion tan opuesta á la disposicion espresa de la ley, pues absolutamente es imposible que el vínculo dure por el tiempo que al testador le pareciere, y que no pueda dejar de llamar y substituir á todos los descendientes de la línea del mejorado, la cual podria durar pocas generaciones, ó acaso hacerse perpetua.

34 Merece repararse en la opinion de este autor que las substituciones quiere que se hagan en la línea de los descendientes del mejorado, sin hablar de las otras líneas descendientes del testador, porque supone y ha dejado establecido en el número 9.º de la misma glosa, que las palabras de la ley *sus descendientes* se han de referir á los descendientes del hijo mejorado, y no á los del testador. Con dificultad se haria creible tuviese lugar una opinion tan absurda en un hombre de limitado talento; pero lo cierto es que el citado autor no solo la sostiene como cierta, sino que reprueba la contraria que defiende Tello al número 7.º, y Matienzo en la ley 11, tít. 6.º, lib. 5.º, glosa 4.ª, número 5.º

35 El fundamento de tan estraña opinion lo deduce de que haciéndose el tercio de mejora despues que el padre ha hecho la eleccion, patrimonio propio del hijo elegido, era mas justo y debido substituirle sus propios hijos y descendientes que no los del testador, que serian transversales respecto del hijo mejorado, de que se seguiria la iniquidad y absurdo de que en un mayorazgo fundado del tercio no fueran llamados los hijos del primer instituido, sino sus hermanos, que lo son transversales contra la naturaleza de la sucesion que prefiere los hijos del primer instituido á sus tios.

36 Ademas de esto alega en favor de su opinion la ley 11, tít. 5.º, partida 6.ª, que hablando de la substitucion ejemplar que se hace al loco, dispone que si el loco tuviese hijo ó nieto, ó alguno de los que descienden por línea recta, deben substituirlos en su lugar, y no á otros, pero no teniendo descendientes deben substituirle á su hermano, cuya decision afirma dicho autor que clarísimamente decide la disputa.

37 En satisfaccion del primer fundamento de la opinion de Avendaño digo que la ley las tres veces que usa de la espresion *sus descendientes* habla de la facultad que tienen los padres de dejarles el tercio de mejora, y de hacer entre los mismos descendientes las substituciones que les pareciere, con que es mas que claro que el relativo *sus* se ha de referir necesariamente á los que tienen la facultad de dejar el tercio de mejora, y llegan en efecto á poner en ejecucion esta facultad, sin que haga la menor mencion del hijo mejorado, para que pudiese referirse al mismo la espresion *sus descendientes*. Aun se convence esto mismo demostrando el absurdo que se seguiria de lo contrario. Dispone la ley que despues de hechas las substituciones en los descendientes legítimos se puedan hacer en los ilegítimos, con que si la palabra *descendientes* se ha de referir al hijo mejorado,

se inferirá que el padre pueda hacer las substituciones en los descendientes ilegítimos del mejorado despues de haberse estinguido la descendencia legítima del mismo, y antes que se haya concluido la del testador, y de consiguiente que podrán hacerse las substituciones en los descendientes ilegítimos del hijo mejorado, con esclusion de los descendientes legítimos del testador, y como despues de los ilegítimos se sigue el llamamiento de los ascendientes, se verificaria igualmente que la línea de los ascendientes del prelegatario seria preferida á los descendientes legítimos del testador, con lo que se destruía el órden establecido por la ley, que era llamar en primer lugar la línea de descendientes del testador, en segundo la de sus ascendientes, y en tercero la de sus transversales.

38 Otra prueba no menos eficaz persuade esta misma verdad, y es que la misma libertad le concede la presente ley al padre para hacer las substituciones entre sus descendientes del tercio de mejora que le permite la ley del fuero para nombrar entre los mismos al mejorado ó prelegatario, pues como dejé sentado al principio de este Comentario, la ley de Toro no amplió los derechos de los descendientes legítimos del testador, sino estendió la facultad de este para gravar el tercio de mejora con las substituciones que le pareciere; es asi que por la ley del fuero podia mejorar al descendiente que le pareciere sin limitacion ninguna, con que por la de Toro es manifiesto se le concede hacer las substituciones y llamamientos que quisiere entre los mismos descendientes sin la menor restriccion de que precisamente hubieran de ser descendientes del mejorado.

39 Ultimamente, cuando la presente ley dispone que el padre pueda gravar el tercio de mejora que dejase á cualquiera de sus descendientes, no se puede negar sin manifiesto error que las palabras *sus descendientes* se refieren necesariamente al padre, pues no habiendo recaido aun la eleccion en ninguno de los descendientes individual ó especificamente, era un conocido absurdo pretender referir el posesivo *sus* á una persona de que aun no se ha hecho mencion, y usando la ley de la misma espresion cuando habla de las substituciones es consiguiente darle la misma inteligencia, sin que en esto haya la menor injusticia ó iniquidad que supone el autor de que en un mayorazgo fundado del tercio no fueran llamados los hijos y descendientes del primer instituido, sino sus hermanos, que lo son transversales, y es la razon porque el tercio de mejora es de libre disposicion del padre entre sus descendientes legítimos, como el quinto de sus bienes lo es entre sus mismos descendientes y los estraños, y como en virtud de esta libertad podrá el padre llamar ó nombrar para el mayorazgo fundado del quinto de sus bienes á un descendiente, y substituirle otro de diversa línea ó un estraño, del mismo modo ha de tener facultad el padre en el vínculo ó mayorazgo del tercio para substituir al descendiente mejorado otro de diversa línea, con esclusion de los del hijo instituido ó primeramente llamado, sin que esto sea contra la naturaleza de la sucesion que prefiere los hijos del primer llamado á sus tios, pues la principal regla que rige en la sucesión de los mayorazgos es la voluntad de los fundadores cuando no se halla restringida ó coartada por la ley, como se echa de ver en los mayorazgos de rigurosa agnacion y simple masculinidad, en que son escluidos los hijos que no tienen la cualidad apetecida por los colaterales ó transversales, y lo mismo sucede en otros vínculos de cualidad.

40 Veamos ahora si es de mayor eficacia y solidez el argumento que saca de las leyes que hablan de la substitucion ejemplar. La ley 9.ª C. *de impub substit.* da facultad á los padres que tienen hijo ó hijos mentecatos de poderlos nombrar substitutos las personas que les pareciere, dejando á los hijos la porcion legítima que les correspondiere; pero en el caso que el mentecato tuviere hijos ó descendientes impone á los padres la obligacion de haber de nombrar por substituto á uno ó á todos los descendientes del mentecato; cuando le faltan los descendientes al mentecato, y su padre tiene otros hijos, está obligado á substituir en ellos la herencia del mentecato. La citada ley 11, tít. 5.º, partida 6.ª, conviene en lo substancial con la disposicion de la ley del código.

41 Establecida y supuesta la resolucion de estas leyes, afirma Avendaño que la de Toro se dispuso y formó á imitacion y semejanza de ellas; y de consiguiente, como por dichas leyes se le impone al padre la obligacion de haber de sustituir al mentecato sus propios hijos ó descendientes con

preferencia á los de su padre, del mismo modo, y por igual razon, debe entenderse que la disposicion de la ley de Toro es de que el hijo ó descendientes del mejorado hayan de ser preferidos en los llamamientos y substituciones á los demas hijos y descendientes del testador.

42 Como de la semejanza que supone Avendaño entre las referidas leyes y la de Toro no hay mas prueba que su dicho, bastaría negarla para destruirla; pero á fin de manifestar que en realidad no la hay, haremos cotejo de las mencionadas leyes entre sí.

43 Los bienes á que el padre nombra substituto á su hijo mentecato, ó son de la herencia del padre ó propios del hijo (como manifestaré despues). Si los bienes son del padre que hace la substitucion, es fuera de toda duda que está obligado á dejárselos á su hijo, y nombrarlo por heredero en lo correspondiente á su porcion legítima, porque la mentecatez ó demencia no priva al hijo de la legítima que le es debida por derecho natural en cuanto á los alimentos, y por derecho positivo en cuanto á la costa, y asi espresamente ordena la citada ley del código que el padre deje la legítima al hijo cuando le nombra por substituto algun estraño.

44 Ahora bien, si el hijo mentecato es heredero suyo, y necesario del padre cuerdo, ¿cómo podrá dudarse que los hijos cuerdos tengan igual derecho á los bienes del padre mentecato? Y en prueba de esta verdad dispone la referida ley de partida que si despues de hecha la substitucion le nace al mentecato hijo ó hija, se deshace y anula.

45 Se infiere, pues, de estos principios que los bienes que el padre deja á su hijo mentecato se les debe necesariamente, y sin arbitrio de disponer de ellos á favor de otro, á lo menos en cuanto á su legítima, y véase aqui la notable y grande diferencia entre las referidas leyes que hablan de la substitucion ejemplar, y la de Toro, porque en virtud de esta, ninguna obligacion reside en el padre de dejar el tercio de sus bienes al hijo mejorado, ni á este le compete derecho alguno para ser preferido á sus hermanos, con que siendo de condicion tan diversa los bienes en que se hace la substitucion ejemplar de los que el padre hace en virtud de la ley de Toro en los llamamientos y substituciones entre sus descendientes, tan lejos está de que se uniformasen las disposiciones de estas leyes, que antes bien se seguiria de ellos un manifiesto trastorno de los principios elementales que rijen en materia de herencias, y vendria á quitarse la diferencia entre herederos libres y necesarios, cuales son los hijos del padre mentecato, pues como dejamos probado arriba, igual derecho tienen estos á la legítima de los bienes de su padre que este á los del suyo, y por lo tanto si el padre del mentecato nombrára por substituto á un estraño con esclusion de los hijos del instituido, se seguiria necesariamente que los privaba de la legítima que les es debida por derecho natural y positivo.

46 No sucede lo mismo en el caso de la ley de Toro, pues disponiendo el padre, en fuerza de la facultad que por la misma se le concede, libremente del tercio de mejora entre sus descendientes, ninguna obligacion tiene de mejorar á uno antes que á otro, ni de substituir al mejorado antes á su propio hijo, que á otro cualquiera de los descendientes del testador, por lo que oportunamente observa Palacios Ruvios al número 32 y siguientes de esta ley de Toro, que el hijo mejorado ningun perjuicio esperimenta en que se le imponga el gravámen de restitucion, porque para eso le han dado lo que no le pertenecia, y el hijo de este tampoco podia quejarse de no haber sido substituido, pues si su padre no tenia ningun derecho de preferencia al tercio de mejora de los bienes de su padre, menos fundamento habia para conceder este derecho al nieto cuando su padre le precedia, á mas de que cuando se le dió al hijo el tercio de mejora fue con la condicion de que hubiera de sucederle el nombrado por su padre.

47 Hemos visto las razones y fundamentos que obligan al padre del mentecato cuando lo nombra por heredero á substituirle á sus propios descendientes. Veamos ahora si militan las mismas razones cuando lo deshereda. Que el padre del mentecato pueda desheredarlo con justa causa y nombrarle substituto á imitacion del pupilo, á quien puede desheredar segun el §. 4.º *inst. de pupilari substit.*, y nombrarle substituto, lo afirman entre otros el señor Covarrubias, cap. *Rainucius*, §. 6.º, número 2.º, y Vinnio, §. 1.º, *inst. de pupilari substitutione*, número 6.º

48 Cuando el padre deshereda al hijo

mentecato, los bienes en que el padre le nombra substituto es claro que no son del padre substituyente, sino del hijo substituido, pues si cuando el padre nombra por heredero á su hijo mentecato tienen los descendientes de este un derecho irresistible á los bienes de su padre, con cuánta mas razon les competirá este mismo derecho á los bienes que son del patrimonio de su padre sin haberlo sido de su abuelo. Es decir, que si cuando los bienes eran de este, por el hecho de dejárselos á su hijo mentecato, sus descendientes tenian derecho á la legítima como herederos suyos y necesarios, ¿con cuánta mas razon fundarán este mismo derecho cuando los bienes eran propios de su padre sin traer la derivacion de su abuelo?

49 Acaso podrá decirse que la ley citada del código no impone al abuelo la obligacion de substituir al mentecato á todos sus hijos y descendientes, sino alguno de ellos, y asi dice que de los hijos del mentecato pueda substituir uno, ó á determinados, ó á todos, y de consiguiente se infiere que no se hace la substitucion en ellos por la calidad de herederos necesarios, pues á ser asi no dejaria al arbitrio del testador el hacer la substitucion en el que le pareciere, sino que precisamente deberia hacerla en todos los que estaban en el mismo grado, como igualmente llamados á la herencia de su padre.

50 Haciéndose cargo de esta dificultad Vazquez Menchaca en el lib. 2.º, §. 17, número 56 de *Succ. progressu*, afirma que el decir la ley que pudiera sustituir á uno, á determinados ó á todos, no fue para dejar al arbitrio del testador la inhumana facultad de preferir á los demas, sino para manifestar que no habia precision de que el abuelo substituyese á los indignos, asi como si el hijo hiciera el testamento le era permitido no llamar á los indignos, sino desheredarlos.

51 Bien se echa de ver que esta solucion tiene mas de especiosa que de sólida, y que es de aquellas que sirven mas para ostentar el ingenio que para persuadir la verdad, porque no era regular y conforme que cuando la ley iba á determinar el órden y forma con que se habia de hacer la substitucion ejemplar limitase su disposicion á un caso particular, y que acontece muy de tarde en tarde, como es el que los hijos hayan dado justa causa para ser desheredados.

52 La verdadera satisfaccion á la dificultad propuesta, es decir, que el haber concedido la ley la libre facultad al abuelo de substituir á su hijo mentecato cualquiera de los descendientes de este, no fue darle autoridad, ni para preferirlos, ni para desheredarlos, privándolos de la legítima que por derecho les competia, sino para que dejándoles esta á los no substituidos, pudiese hacer la substitucion en el que le pareciese, como asi lo persuaden hasta la evidencia, tanto la ley 43, ff. *de vulg. et pup. subst.*, como la ley 11, tít. 5.º, página 6.ª, que espresamente ordenan y disponen que si despues de hecha la sustitucion ejemplar le nace al mentecato algun hijo ó hija, se rompe y deshace la sustitucion, de cuya resolucion infiere Gregorio Lopez á la glosa 10 de la ley citada, y Antonio Gomez en sus varias, lib. 1.º, cap. 6.º, número 6.º, que el abuelo cuando substituye á su hijo mentecato cualquiera de sus nietos, ha de dejar á los demas, que se hallan en igual grado, la legítima que les corresponda.

53 Lo mismo afirma Vazquez Menchaca al citado número 57, fundado en la poderosa razon de que si por la supervenencia ó natividad de un hijo se vicia y deshace la substitucion legítimamente hecha en virtud de la preterición del póstumo, con mucha mas razon deberá viciarse por la preterición de un hijo ya nacido al tiempo de la substitucion, pues como dice el mismo autor, con mas facilidad se impide lo que se va á hacer, que se deshace lo que legítimamente se ha hecho, y asi se ve que por la preterición de un hijo ya nacido se vicia desde el principio el testamento *ipso jure. In princip. institutionum de exered. liberorum*, y por la preterición del póstumo vale al principio el testamento, hasta que se rompe por la natividad del póstumo, ley 2.ª C. *de bonorum possesione contra tabulas.*

54 De lo que dejo espuesto se convence la poca solidez con que pretende Avendaño fundar sus dos opiniones de que el vínculo ó mayorazgo que establezca el testador ha de ser perpetuo ó temporal, segun sea la duracion de la descendencia del mejorado, y que el pronombre posesivo *sus*, que concierta con descendientes, se ha de referir al mejorado y no al mejorante, siendo de admirar la satisfaccion con que este autor miraba la esposicion

que habia hecho á esta ley cuando al principio de su obra se resolvió á afirmar que las dos glosas con que la habia comentado eran recomendabilísimas.

55 Estando estendiendo la impugnacion de las dos opiniones de Avendaño, llegó á mis manos la obrita de don Pedro del Villar Bermudez de Castro, titulada Discurso imparcial sobre los derechos de los hijos naturales y sus descendientes; y al cap. 4.º, en que trata del derecho que á los mismos corresponde en el vínculo formado del tercio, se declara abiertamente por la opinion de Avendaño de que el pronombre posesivo *sus*, que concierta con *descendientes*, se debe referir inmediata y directamente al mejorado y no al mejorante, en cuyo apoyo sienta varias proposiciones, que piden un detenido exámen para su discusion; y por no interrumpir el órden de este Comentario, que va arreglado al que observa la ley, he tenido por mas conforme suspender el exámen de los fundamentos en que apoya su dictámen para despues de concluida la esposicion de la ley.

56 Hemos visto ya que el testador no solo puede fundar del tercio de mejora un vínculo temporal ó perpetuo, segun fuese su voluntad, sino que tambien puede hacerlo de calidad ó de sucesion regular en la clase prevenida en la ley, con que es ocioso detenernos á probar que á un hijo del primer matrimonio podrá substituirle otro del segundo, con esclusion de sus hermanos uterinos, ó bien principiar los llamamientos por los hijos del segundo matrimonio, y terminarlos antes que se acabe la descendencia legítima, bien sea del testador ó del mejorado, ó cuando haya de pasar la sucesion á los descendientes ilegítimos, á no ser que se pretenda dar mas derecho á estos á los bienes de su abuelo que á los descendientes legítimos, lo que es incompatible con la disposicion de la ley, que hablando de los descendientes legítimos, espresamente ordena que el testador haga los llamamientos en ellos, y en falta de estos no manda que se hagan en los ilegítimos, sino que únicamente se limita á concederle al testador la facultad de poderlos llamar á la sucesion.

57 Ha causado mucha estrañeza á los comentadores de esta ley que en ella son preferidos los descendientes ilegítimos del padre á sus legítimos ascendientes, cuando por la ley 6.ª de Toro se declaran los ascendientes por herederos legítimos de sus descendientes, tanto ex-testamento como abintestato, caso que no tengan descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos; y por la 10 se ordena que pueda el padre dejar por heredero á su hijo natural, aunque tenga ascendientes, de que infieren que teniendo el padre por estas leyes la libertad de preferir en su herencia á sus ascendientes con respecto á sus hijos naturales, por la presente ley de Toro se les despoja de esta libertad, y se precisa á los padres á postergar á sus propios ascendientes á sus hijos naturales, y no pudiendo considerarse esta ley como correctoria de las otras, por haberse formado y publicado todas á un tiempo, de aqui ha nacido el empeño que han formado los autores de averiguar cuál haya sido la razon impulsiva de esta novedad y diferencia.

58 Tello Fernandez, al número 12, ingénuamente reconoce y confiesa que no alcanza la razon eficaz que tuvo la ley para su decision, y por lo tanto la juzga voluntaria. Andrés Angulo en su Comentario á las leyes de las mejoras, mas confiado en sus propias luces que en las del legislador, afirma resueltamente en la glosa 7.ª, número 4.º á la ley 11, tít. 6.º, lib. 5.º Recopilacion, que es la 27 de Toro, que el padre, en virtud de dicha ley, no perdió la facultad que tenia por las leyes 6.ª y 10 de preferir sus propios ascendientes á sus hijos naturales en el vínculo del tercio, lo que en realidad no fue otra cosa que negar la decision de la ley, porque ignoraba la razon en que se fundó; sin embargo, igualmente habla del padre que de la madre, y en esta reconoce el mismo autor que debe preferir sus descendientes ilegítimos á sus ascendientes en el vínculo del tercio, de forma que entre el padre y la madre supone este autor una diferencia en el órden de los llamamientos ó substituciones, de que la ley 27 no hace la menor mencion.

59 Si este comentador hubiera tenido presente que el no saberse la razon de decidir de una ley, no exime ni escusa de su observancia, cuando por otra parte es clara y terminante su disposicion, no hubiera incurrido en la absurda temeridad de esponerla en un sentido directamente contrario á sus palabras, por lo que con

razon dijo el jurisconsulto Neracio en la ley 21, ff. *de legibus*, refiriéndose al principio que en la ley antecedente habia sentado Juliano, de que no se puede dar la razon de todo lo que determinaron los antepasados, que por lo mismo no conviene inquirir é indagar las razones de aquellas resoluciones que se hallan establecidas, porque de lo contrario (añade) muchas resoluciones ciertas se trastornarian, que es lo que cabalmente ha sucedido á este espositor, pues ha negado una resolucion clara y cierta de la ley, porque no ha podido descubrir la razon en que se funda.

60 Como de estas disputas nunca, ó rara vez, resulta alguna verdadera utilidad, con razon deberia llamarse cuestion de hijo; pero como quiera no omitiré indicar la razon que pudo mover al legislador para preferir los descendientes ilegítimos á sus ascendientes, la que si no tiene el mérito de la solidez, seguramente no le faltará el de la novedad, pues ninguno de los varios comentadores que he tenido presentes hacen mencion de ella.

61 Es constante que en la sucesion de los vínculos ó mayorazgos, como dirigidos á conservar y perpetuar la familia del fundador, la línea de descendencia es preferida á la de ascendencia y colateral, como que es la que mas directamente influye en la conservacion de la familia, con que tratándose en la presente ley de conceder al padre la facultad de perpetuar en su familia el vínculo ó mayorazgo fundado del tercio de sus bienes, á los que ya anteriormente tenian sus descendientes legítimos un derecho preferente á sus ascendientes y colaterales, tuvo por conveniente el legislador dar la preferencia á toda la línea de descendencia, tanto ilegítima como legítima, en los llamamientos y substituciones, como mas propia para la conservacion de la familia, lo que era tanto mas conforme, cuanto es regla comun en la sucesion de los mayorazgos, si espresamente no se dispone lo contrario, que siempre que la sucesion entra en una línea discurra por toda ella hasta su estincion, y que entonces haga tránsito á la contentiva inmediata, que es de la misma especie que la estinguida, de forma que si esta fue de descendencia, la contentiva inmediata ha de ser de la misma especie, como contenida bajo la sucesion del mismo fundador.

62 Si, pues, la descendencia legítima tenia un derecho preferente á los bienes del tercio de su padre; si vinculado este debian empezar los llamamientos y substituciones por los descendientes legítimos; si los ilegítimos se hallaban en la misma línea de descendencia, que á mas de ser la mas á propósito para la conservacion y propagacion de la familia, tenia á su favor la comun regla que rije en la sucesion de los mayorazgos, de que entrando en una línea la sucesion discurra por ella hasta estar enteramente evacuada, se hace casi demostrable que estas fueron las principales razones que movieron el ánimo del legislador para dar la preferencia en la sucesion del vínculo del tercio á los descendientes ilegítimos respecto de los ascendientes.

63 He dicho que estas fueron las principales razones que motivaron la disposicion de la ley, porque hay otras de no pequeña consideracion, cuales son el precaver los inconvenientes que se originarian de que antes de evacuarse enteramente la línea de los descendientes pasase la sucesion á la de los ascendientes, pues estinguida esta, que en términos regulares no podia ser de larga duracion, como limitada á una ó dos personas, ocurrida la duda de si la sucesion deberia volver á la línea de los descendientes ilegítimos, pues si el ascendiente, último poseedor, tenia descendientes legítimos, hermanos del fundador, correspondia pasase á estos la sucesion antes que á los descendientes ilegítimos del fundador, asi por tener aquellos la cualidad prelativa de legitimidad, como por ser tambien los parientes mas inmediatos del último poseedor, que es la regla que comunmente rije y se observa cuando ha de traslinear la sucesion, y por este medio quedarian escluidos y pospuestos los descendientes ilegítimos del fundador, no solo á sus ascendientes, sino tambien á sus colaterales, que es la última de las líneas en que por derecho de sangre se sucede al fundador.

64 Si se dice que despues de los ascendientes habia de volver la sucesion á los descendientes ilegítimos del fundador, se originaba otra igual duda de si habia de ser al mas próximo en grado al ascendiente, último poseedor, ó al mas inmediato al último poseedor de los descendientes legítimos, que fue en quien se cortó la sucesion. Para salvar y cortar de raiz todas

estas dudas é inconvenientes, con sobrada razon se persuadió el legislador que no habia medio mas adecuado y espedito que el de preferir la línea de descendencia, tanto ilegítima como legítima, á la de los ascendientes.

65 Ni falta razon natural que persuada esta preferencia, pues es constante que en todas edades y naciones ha acreditado la esperiencia que el amor de los padres para con los hijos es mas tierno é intenso que el de los hijos para con los padres, cuya particularidad debió ciertamente haber tenido presente el mismo legislador cuando en la ley 6.ª de Toro, habiendo declarado que los ascendientes eran legítimos herederos de los descendientes, cuando estos no tenian descendientes legítimos ó naturales, como los descendientes lo son de sus ascendientes, sin embargo limitó la legítima de los ascendientes á dos terceras partes de los bienes del hijo, cuando por nuestras leyes se estiende á las cuatro quintas partes de los bienes del padre la legítima del hijo, y á mas en dicha ley propuso enteramente los ascendientes á los descendientes legítimos del hijo, y los naturales lo dejó al arbitrio del padre el preferirlos ó no á los ascendientes. Todo lo cual indica la predileccion que se supone por la naturaleza en los padres para con sus hijos, bien sean naturales ó legítimos con respecto á los ascendientes, pues por derecho natural igual parentesco tiene el padre con el hijo ilegítimo que con el legítimo, pues toda la diferencia que hoy se observa entre ellos proviene y dimana de las leyes escritas, como lo notó el Emperador Justiniano en el capítulo 1.º de la novela 74. Baste lo espuesto en una cuestion, que como he dicho, puede graduarse por de lujo.

66 Despues de haber resuelto Tello Fernandez que la disposicion de esta ley no debe observarse cuando el padre solo tiene hijos naturales y vincula á favor de uno de ellos el tercio de sus bienes, porque en tal caso no habia obligacion de parte del padre de dejarles el tercio, ó lo que es lo mismo, porque entonces el tercio no era legítima de los hijos, pasa á examinar si podrá decirse lo mismo de la madre cuando tiene hijos naturales ó espurios, y resuelve, aunque con duda y desconfianza, pues encarga que se examine el punto, que la madre en la vinculacion del tercio no estará obligada á observar el órden de los llamamientos de la ley, porque aunque los hijos naturales y espurios son herederos necesarios de la madre, la disposicion de la ley solo habla del caso en que la mejora del tercio se hace á un descendiente legítimo. Matienzo al número 4.º de la glosa 5.ª á esta ley sienta como cosa indudable la opinion de Tello, sin otro apoyo que su autoridad, y notando al parecer la poca resolucion de Tello en haber dudado de la certeza de su opinion.

67 Mas reflexivo Angulo *de melior.*, en la glosa 2.ª á esta ley en la edicion del año de 1585, afirma resueltamente que la madre está obligada á observar el órden de los llamamientos de esta ley cuando vincula el tercio de sus bienes á favor de alguno de sus hijos ilegítimos, y se funda en que á falta de hijos legítimos se observan y rigen todos los derechos de estos en los ilegítimos respecto de la madre, porque le son herederos necesarios, y el tercio es legítima entre los mismos, y de consiguiente no se puede gravar sino observando la disposicion de la presente ley. Estas razones son tan sólidas y convincentes que no dejan motivo de dudar de la certeza de la resolucion, y por lo mismo se hace reparable que en la reimpresion que hizo Angulo de su obra en el año de 92, siete despues de la primera, pasa en silencio esta duda, y su resolucion.

68 Acevedo en la citada ley al número 7.º y 8.º refiere y sigue la opinion de Angulo, y aun da á entender que antes de ver el dictámen de Angulo era él del mismo sentir.

69 Es duda perteneciente á la cabal inteligencia de la presente ley si cuando el fundador espresamente escluye de la sucesion del vínculo alguna ó algunas personas de las que son llamadas por la disposicion de la ley, como si el fundador entre sus descendientes legítimos escluyera de la sucesion á los clérigos, frailes ó monjas, é hiciera tránsito á los demas grados de llamamientos y substituciones, denotando queria y era su ánimo perpetuar la sucesion del vínculo, deberia limitarse la valididad y duracion del vínculo hasta el último descendiente legítimo de los que habian sido llamados, segun el órden de la ley, ó si por el contrario deberian suplirse los llamamientos de las personas escluidas por el fundador, á fin de que continuase en ellas la sucesion, y despues hiciera tránsito á los

demas grados establecidos por la ley, y apetecidos por el fundador.

70 El señor Castillo se propone resolver esta duda en el libro 5.º de sus controversias, cap. 99, y despues de pretender al número 2.º que ninguno de los espositores de la ley de Toro habia propuesto la presente duda con la claridad que él, ni dado la resolucion espresa, limitándose á decir que los descendientes clérigos, frailes ó monjas no podian ser escluidos por los transversales, sin resolver si habian de entrar á suceder los escluidos, ó debia darse por estinguido el vínculo en el último de los legítimamente llamados, á cuyo fin refiere, como tiene de costumbre, las palabras de los principales comentadores que le precedieron, y por último al número 9.º afirma que mas comunmente prevaleció la opinion ó sentencia que defiende que, sin embargo de la esclusion, los mismos escluidos debian suceder como si no hubieran sido escluidos, y reducirse los llamamientos al órden y forma prescripta en la ley de Toro, por ser esta sentencia mas conforme á la voluntad del fundador, quien por el hecho de hacer un vínculo perpetuo de los bienes del tercio se presume quiso que durara perpetuamente.

71 Antes de examinar la certeza de la opinion que sigue el señor Castillo, diré de paso en cuanto á si ha sido el primero que suscitó la presente duda, que don Cristóbal de Paz en los escolios que hizo á las leyes del estilo, comentando la 200, entra á examinar si la esclusion de las personas llamadas por la ley 27 de Toro será nula desde el principio, ó solo en el caso de que toque el turno de sucer á los escluidos, y resuelve en la cuestion 6.ª, número 150 con sólidos fundamentos, tomados del derecho civil, que la substitucion ó llamamiento que haga el fundador del vínculo de los transversales por ejemplo, con esclusion de algunos descendientes, no será nula hasta que viviendo los descendientes escluidos hubiera de hacer tránsito la sucesion á los transversales.

72 En la cuestion 7.ª que está al número 160 se propone examinar si por no haberse guardado el órden que previene la ley en los llamamientos se invalidan algunos de los hechos por el fundador, continuarán los bienes sujetos á restitucion, supliéndose los llamamientos de las personas escluidas cuando la voluntad del fundador ha sido hacer un vínculo perpetuo, ó quedarán libres en el último de los llamados y substituidos, con arreglo á lo dispuesto por la ley, y resuelve que deben suplirse los llamamientos de las personas escluidas para que continúe el vínculo, y cuando se verifique haber entrado la sucesion en el último de los colaterales se presume que el fundador le confirió la facultad de nombrar á un estraño en cuya familia continuase la sucesion para mantener la perpetuidad del vínculo que apeteció el fundador.

73 En la cuestion 8.ª propone la duda de si el descendiente escluido entrará en el lugar que le correspondia si no hubiera sido escluido, ó deberá quedar el último de los de su grado y cualidad, de forma que solo podrá entrar en la cuestion cuando esta hubiere de hacer tránsito á los colaterales. Por las dudas y resoluciones que acabo de referir de don Cristóbal de Paz se ve que este autor espresa y literalmente se propone y resuelve la duda de que en caso de que el fundador escluya de la sucesion del vínculo algunas personas de las llamadas por la ley, no solo será el vínculo ó fundacion válida en las personas legítimamente llamadas, sino tambien en las escluidas, supliéndose sus llamamientos cuando llegue el caso de pasar la sucesion al órden ó clase subsiguiente á las escluidas, y para que no quedase la mas mínima duda en la materia por resolver, pasa á fijar el lugar y tiempo en que deberán entrar en la sucesion las personas escluidas, señalándoles el último lugar entre las de su clase, de forma que si eran descendientes habian de entrar á suceder despues de los de esta cualidad que habian sido antes llamados, y por último para apurar las dudas en la materia, dice, que supuesta la voluntad del fundador de que fuese perpetuo el vínculo, no solo continuaria la sucesion entre sus colaterales, sino que el último de ellos debia suponerse habilitado por el fundador para nombrar ó designar un estraño en quien continuase la sucesion del vínculo.

74 Admira, pues, que despues de unas resoluciones tan claras y terminantes, como las que da este autor á las dudas que se habia propuesto, diga y afirme el señor Castillo que ninguno de los espositores de la ley de Toro habia resuelto la duda de si cuando el fundador escluya á sus descendientes clérigos, frailes ó monjas de la sucesion habian de entrar á suceder los esclui-

dos, ó debia darse por estinguido el vínculo en el último de los legítimamente llamados, asegurando que los comentadores solo se habian estendido á decir que los descendientes clérigos, frailes y monjas no podian ser escluidos por los transversales, y aun deberá admirarse mas si tiene presente que el mismo señor Castillo copia columnas enteras del Paz en el número 4.º citado. Tanto era el deseo que tenia de pasar por el inventor de esta duda, como si el mérito principal de un autor consistiese en proponer cuestiones.

75 Pero si hasta que el señor Castillo propuso la duda referida ninguno de los comentadores la resolvió con claridad y especificacion, ¿cómo afirma en el número 9.º, en que pone su opinion, que mas frecuentemente prevaleció la sentencia de que los descendientes clérigos, frailes y monjas escluidos debian suceder como si no lo hubieran sido? Es, pues, claro y convincente que antes de escitar la duda de que se supone autor estaba ya resuelta por los comentadores, pues era una manifiesta contradiccion y absurdo que al tiempo de proponer él la duda estuviera ya resuelta sin que la hubieran conocido y examinado los que le precedieron.

76 Entremos á examinar la solidez y acierto con que el señor Castillo resuelve la duda de que se supone autor: dice que sin embargo de la esclusion las personas escluidas deberán suceder como si no lo hubieran sido, y reducirse los llamamientos al órden y forma prescriptas por la ley, á fin de que no se acabe el mayorazgo, sino que se conserve, por parecer esta opinion mas conforme á la presunta voluntad del fundador, quien por el hecho de haber fundado un vínculo perpetuo es visto quiso que durase para siempre, y que llegando el caso de acabarse todos los descendientes y que se concluyera el mayorazgo, si no sucedian las personas escluidas, prefirió el que sucediesen estas para que subsistiese el vínculo, y que era de presumir y creer hubiera respondido esto mismo si se le hubiera preguntado.

77 Por poco que se reflexione se convencerá cualquiera de la poca solidez y arbitrariedad de esta resolucion, y que la voluntad presunta que se supone en el fundador no es capaz ni suficiente para derogar y revocar la espresa del mismo, y sino veamos cuál seria la causa de atribuir á esta voluntad presunta la virtud y eficacia de destruir la espresa, y es indispensable convenir en que no puede ser otra sino el que no quede sin efecto la voluntad espresa del fundador de establecer un vínculo perpetuo del tercio de sus bienes; ¿y en realidad es esto otra cosa que decir que por favorecer la voluntad del fundador no debe tener efecto la disposicion de la ley? ¿Y podrá pretender ser acreedor al favor de la ley el que es transgresor de la misma?

78 La transgresion no consiste en el mero hecho de escluir de la sucesion á ciertas y determinadas personas, pues esto le es permitido al fundador cuando quiere y es su voluntad que se acabe y estinga el vínculo en las personas escluidas, sino en pretender que continue la sucesion del mismo, haciendo tránsito á otras personas que no debian ni podian suceder hasta despues de las escluidas. Es, pues, á todas luces claro que la voluntad presunta ó interpretativa del fundador no puede destruir la espresa del mismo contraria á la disposicion de la ley, ¿ni cómo podrá pretenderse esta revocacion de la voluntad espresa sin incidir en la mas absurda y vergonzosa contradiccion, cual seria el suponer y presumir que llamaba el fundador las mismas personas que clara y espresamente habia escluido?

79 Bastaba lo dicho para manifestar cuán arbitraria y destituida de fundamento está la opinion del señor Castillo; pero aun hay otras razones legales que persuaden su falsedad. La ley 5.ª, C. *de legibus*, espresa y generalmente ordena que lo que se haga contra la prohibicion de la ley sea inútil, nulo y de ningun efecto, y para cortar cualquiera interpretacion que pudiera eludir tan espresa resolucion declara que aun cuando el legislador mera y simplemente haya prohibido el acto sin añadir que sea inutil y de ningun valor, se entienda que lo sea, y cuanto se haya seguido de él.

80 Ahora bien, si lo que se hace contra la prohibicion de la ley es nulo y de ningun efecto cuando meramente prohibe el acto, ¿cómo podrá dudarse que sean nulos é inútiles los llamamientos y substituciones de unas personas que les estaba prohibido suceder hasta despues de las escluidas, cuando la ley de Toro no solo señala el órden que se ha de guardar en los llamamientos, sino que espresamente declara que lo que se haga en contrario sea nulo y sin efecto? Pues si es inútil y nulo el lla-

mamiento de los colaterales, por ejemplo, antes de haberse escluido los descendientes, ¿cómo podrá decirse que el vínculo y la sucesion ha de ser perpetua en los colaterales, cuando ningun llamamiento tienen?

81 Porque dispone la ley que en el otorgamiento de los testamentos intervengan ciertas formalidades; si se falta á ellas es nulo el tertamento, ley 12, C. *de testamentis*, y la 3.ª de las leyes de Toro. Porque la ley ordena que el padre deba instituir por heredero á su hijo ó desheredarlo, si no cumple con estos estremos es nulo y de ningun efecto el testamento, §. inicial y 5.º, lib. 2.º, tít. 13, *Institut.*, y la 10, tít. 7.º, partida 6.ª ¿Pues por qué mandando la presente ley que el padre haya de guardar cierto órden en los llamamientos de las personas que han de suceder en el vínculo del tercio, y añadiendo que de otro modo no tenga facultad para vincularlo y grabarlo, ha de ser válido y perpetuo dicho vínculo, cuando el padre contraviene al órden prescripto por la ley? No se dará una razon sólida que manifieste la disparidad.

82 Sin embargo de la propension que en todos tiempos han manifestado los espositores del derecho civil y real de restringir y enervar las disposiciones legales, no ha habido ninguno que para evitar la nulidad de un testamento en que ha sido preterido el hijo haya pretendido suplir la pretericion por medio de una voluntad presunta del padre de nombrar por heredero á su hijo en la suposicion de que de otro modo no podia tener efecto su voluntad espresa de que fuera válido y subsistente su testamento, pues mucho menor es la repugnancia con respecto á la disposicion de la ley, y á la voluntad del testador en suponerle la voluntad que no manifestó de nombrar por heredero á su hijo preterido, acaso por olvido, que el atribuirle y suponerle el llamamiento á la sucesion del vínculo de unas personas que clara y espresamente escluyó. ¿Qué razon, pues, puede alegarse para que no se supla la voluntad del testador en el caso de la pretericion, á fin de que no se anule el testamento y se supla, ó por hablar con mas propiedad, se suponga una voluntad contraria á la del fundador en el caso de la ley de Toro, para que no se anule la vinculacion del tercio?

83 Otra duda enteramente semejante á la anterior se propone examinar el señor Castillo en el cap. 98 del mismo libro, número 10, reducida á si habiendo manifestado el testador su voluntad de hacer un vínculo perpetuo escluyese espresamente de la sucesion á los hijos ilegítimos en los que estan comprendidos los naturales, con cuya esclusion preferia á los colaterales contra la disposicion de la ley, en tal caso debia concluirse el vínculo en los ilegítimos, ó suplirse su llamamiento, á fin de que continuase el vínculo; y al número 16, despues de haber referido los fundamentos que le parecieron por una y otra parte, resuelve que debe suplirse el llamamiento de los hijos ilegítimos. Como la presente duda viene á ser la misma con la anterior, sin mas diferencia que en la una se escluyen espresamente los clérigos, frailes y monjas, y en la otra á los ilegítimos, que tienen igual llamamiento por la ley, aunque en grado y órden diferente, es escusado repetir aqui lo dicho en la duda anterior, por obrar en esta todas las razones que en aquella se espusieron.

84 En el cap. 7.º, lib. 2.º de sus controversias, habia examinado anteriormente la duda de si omitiendo el testador en los llamamientos el órden señalado por la ley, como si por ejemplo despues de los descendientes pasase á llamar á los colaterales, dejando de hacer mencion de los ascendientes, valdria el vínculo en los legítimamente llamados, y seria nulo en los que se habia omitido el órden establecido por la ley, y despues de decir que ningun autor se habia propuesto examinar esta duda con precision y claridad, afirma y resuelve al número 14 que si el testador ha manifestado su voluntad de fundar un vínculo perpetuo subsistirá su disposicion, y deberán suplirse los llamamientos omitidos con areglo á la ley; pero si la mejora del tercio no la ha hecho por razon de mayorazgo, sino por mero gravámen de restitucion, en tal caso, dice al número 15, que no se suplirán los llamamientos omitidos, sino que finalizará el gravámen de restitucion en el último de los legítimamente llamados.

85 La diferencia que se observa entre la duda anteriormente resuelta de la esclusion de los descendientes clérigos, frailes y monjas, y la presente únicamente consiste en que en aquella hay una esclusion espresa de las personas llamadas por la ley, y en esta una esclusion tácita y virtual, ó lo que es lo mismo una pretericion de las mismas.

86 No es cierto lo que afirma el señor Castillo de que ningun autor se habia

propuesto examinar con claridad y precision la duda que espresa, pues Antonio Ayerve de Ayora en la parte 2.ª, cuestion 43 de su tratado de Particiones, escita la presente duda con mayor claridad y precision que el señor Castillo, y la resuelve con toda la solidez, juicio, y aun primor que puede apetecerse en la materia.

87 El caso que figura Ayora está propuesto de este modo: un padre mejora á un hijo suyo varon en el tercio de sus bienes, y despues de los dias de este llama al hijo varon y descendientes varones del hijo mejorado, y si este no tuviese varon sustituye á un hermano varon del mejorante ó á sus descendientes ó á un estraño: el padre que hizo la mejora supone tenia una hija y el hijo en quien hizo la mejora, y este hijo mejorado tuvo igualmente un hijo y una hija: habiendo muerto el padre, el hijo mejorado y el hijo de este sin descendientes varones, pide el hermano del mejorante que fue sustituido para el caso de que el mejorado muriese sin dejar hijos ó descendientes varones; igualmente pide la mejora una nieta del mejorante, hija del mejorado y hermana del último poseedor, y pide tambien la mejora la hija del fundador de este vínculo.

88 Supuesto este caso pasa á graduar el mérito ó derecho de cada uno de los tres que aspiran á la mejora, y en primer lugar escluye al hermano del testador porque la ley no permite que sean substituidos los colaterales habiendo descendientes del testador, y asi la duda queda reducida á si ha de ser preferida la nieta á la hija del testador. Alega en favor de esta que es descendiente del mismo en primer grado, y que la substitucion hecha en favor de los colaterales habiendo descendientes fue nula, y de consiguiente el tercio como legítima de los hijos debió dividirse por mitad entre el hijo del testador y su hermana, como si la mejora y substitucion no hubieran sido hechas por no deber subsistir como contrarias á la disposicion de la ley.

89 A pesar de estas razones escluye tambien de la mejora á la hija del testador, y resuelve que le pertenece á su nieta fundándose para ello en que al principio fue valida la mejora por haberse hecho en un hijo, y tambien lo fue la substitucion que hizo en el nieto por haber sido ambas en favor de los descendientes, que es lo que ordena la ley. La segunda substitucion que hizo á favor de los colaterales habiendo descendientes fue nula, y de consiguiente no debiendo tener efecto esta substitucion, como opuesta á la disposicion de la ley, caducó la mejora del tercio en el nieto, y por lo tanto habiendo quedado libres los bienes del tercio en el nieto debia suceder en ellos la nieta del testador, como heredera abintestato de su hermano.

90 Si en el caso propuesto por Ayora se suscitan y resuelven con toda la claridad de que es susceptible la materia las dos dudas siguientes, de que la fundacion del vínculo del tercio en que hay llamamientos arreglados á la disposicion de la ley, y otros contrarios á ella por haber escluido no espresa, sino tácita y virtualmente, ó lo que es lo mismo, preterido las personas que la ley ordena, será válida en la parte que el fundador se ha conformado con la disposicion de la ley, y nula y de ningun efecto en lo que se ha separado de ella, fundándose para esto en la ley 29, ff. *usur. et fruct.*, y en la 1.ª §. *sed mihi*, ff. *de verb. obligat.*, en las que espresamente se declara que lo útil no se vicia y anula por lo inútil. ¿Cómo puede afirmar el señor Castillo que ningun autor antes que él habia propuesto y resuelto con claridad la espresada duda?

91 Es aun mas de admirar, que no pudiendo el señor Castillo desentenderse de hacer mencion de la opinion de Ayora, que lo cita al número 12, reconoce que tocó la duda, pero al número 25 pretende que no habló del caso que el testador vinculase el tercio, sino de cuando le imponia el gravámen de restitucion, y en tal caso dice el señor Castillo que él tambien es de opinion que solo serán válidos los llamamientos en que se ha observado la disposicion de la ley, y nulos y de ningun efecto en los que se ha separado de ella. Las razones que alega para fundar esta opinion no es de mi asunto examinarlas, sino hacer ver que Ayora en el caso que propuso habló de la fundacion de un mayorazgo. En primer lugar llama á la sucesion del mejorado al hijo mayor varon, y á sus descendientes varones, y dice que el testador es fundador de un vínculo, espresiones todas alusivas á que el gravámen impuesto al tercio no fue de mera restitucion, sino de un vínculo ó mayorazgo de los que se llaman de agnacion rigorosa, y si no diga el señor Castillo en qué

se distingue y diferencia un gravámen de restitucion perpetuo de mayor en mayor, cual la que se supone ha impuesto el testador de un vínculo ó mayorazgo, en que indefinidamente son llamados á la sucesion los primogénitos de una ó varias líneas, con esta ó aquella cualidad.

92 Pero prescindiendo aun de esto, si la ley exije el mismo órden y graduacion en los llamamientos con respecto al gravamen de restitucion, que al vínculo ó mayorazgo, ¿qué causa hay para que en el vínculo ó mayorazgo se suplan los llamamientos y substituciones contrarías á la disposicion de la ley, y no se observe lo mismo en los de restitucion? Diráse acaso que en el mayorazgo manifestó el fundador su voluntad de que durase para siempre, y por lo tanto se presume quiso que sucediesen las personas que no llamó, porque de otro modo no podia perpetuarse la sucesion; pero esto mismo sucede en el caso del gravamen de restitucion, pues habiendo llamado indefinidamente á los descendientes varones del testador, y en su defecto á los colaterales de la misma cualidad, manifestó su voluntad de que fuese perpetuo el gravamen de restitucion entre los llamados, y de consiguiente por igual razon que en el mayorazgo debian, segun el señor Castillo, suplirse los llamamientos que omitió el testador, para que no quedase sin efecto su voluntad espresa de perpetuar la sucesion en la restitucion.

93 No solo Ayora antes que el señor Castillo examinó y resolvió esta duda, sino tambien Gutierrez en el libro 5.º, cuestion 12, número 15 y siguientes, y Angulo con toda claridad y precision en la glosa 4.ª, número 19 de su segunda edicion de 1592, dada á luz once años antes que el señor Castillo publicase el primer tomo de sus obras.

94 De paso y como por incidencia suscita Angulo una duda sutil y curiosa en el número 18 del lugar citado, reducida á si habiendo el testador espresamente escluido ó preterido algunas personas de las llamadas por la ley, pasase á llamar otras del siguiente grado; como por ejemplo, si despues de llamar á la sucesion á sus descendientes escluyese de ella á sus ascendientes, ó sin hacer mencion de ellos llamase á sus colaterales, y al tiempo de faltar el último de sus descendientes hubieran muerto sus ascendientes, si se finalizaria el vínculo en el último descendiente llamado, ó continuaria la sucesion en los colaterales: el fundamento de esta duda consiste en que cuando el testador hizo su disposicion contravino á lo ordenado por la ley, y cuando llegó el caso de que tuviera efecto su voluntad, ya no era esta contraria, sino conforme á lo dispuesto por la ley, y resuelve que si al tiempo de faltar el último de los legítimamente llamados han muerto los escluidos ó preteridos no se escluirá el vínculo, sino que pasará la sucesion á las personas del órden y grado substituido, y alega en comprobacion varias leyes del derecho civil, adaptables al caso y cuestion, y son la 98 y 104, ff. *de conditionibus et demostrationibus*, la 41, §. 2.º, ff. *de legatis* 1.º, y la 24 ff. *de legatis prestandis*, cuyas decisiones terminan á manifestar, que en las cosas que se dejan bajo de condicion se debe atender al tiempo en que se verifica la condicion, y no al en que se hace la disposicion, y por lo tanto infiere que no existiendo los ascendientes al tiempo en que no entrando en la sucesion se estinguia el vínculo, no podian anularlo, sino que debia continuar en los posteriormente llamados.

95 La resolucion de la duda propuesta por Angulo puede comprobarse con sólidos fundamentos. En la resolucion de la duda anterior se ha manifestado que los llamamientos legítimamente hechos se sostienen sin que los contrarios á la ley los anulen y dejen sin efecto á causa de que lo útil no se vicia por lo inútil, como queda manifestado por las leyes citadas al asunto, y por la 37 *de regulis juris in sexto*; con que habiendo sido válido y subsistente el vínculo hasta el último de los legítimamente llamados, cuando al tiempo de faltar este no existan ya las personas escluidas ó preteridas, parece consiguiente deba continuar la sucesion en las siguientes en grado espresamente llamadas; pues ademas de ser este llamamiento conforme á la disposicion de la ley, cuando al principio no hubo ascendientes, habiendo faltado estos antes de que se les defiriera la sucesion, quedó reducida la disposicion de la ley al mismo caso de que no hubieran existido al tiempo de la fundacion del vínculo, y así como en aquel caso no podian impedir que despues de los descendientes entrasen en la sucesion los colaterales, porque el que no existe ningun derecho puede pretender para aspirar á la sucesion, ni para escluir á

otros de ella, lo mismo debe decirse en el caso de la disputa, pues el haber sido escluidos desde el principio podria impedir que en faltando el último de los descendientes, pasase la sucesion á los colaterales en perjuicio de la preferencia que la disposicion de la ley da á los ascendientes respecto de los colaterales, pero en el caso de haber faltado aquellos antes de que les correspondiese entrar en la sucesion, asi como ningun perjuicio se les sigue de no suceder, tampoco les competia ningun derecho para impedir continuase el vínculo en los colaterales espresamente llamados por el testador.

96 Si habiendo llamado el testador en el lugar correspondiente á los ascendientes, hubieran faltado estos antes de que se les defiriese la sucesion, ¿cabria la menor duda en que debia continuar el vínculo en los colaterales? Pues lo mismo es indispensable decir en el caso de la disputa por militar igual razon. El que el testador hubiese escluido las personas que llamaba la ley segun la graduacion que les habia dado para la sucesion, solo prueba que tuvo voluntad de apartarse de la disposicion de la ley, pero no el que á las personas escluidas se les siguiese el menor perjuicio de la esclusion, que era lo que principalmente iba á precaver la ley.

97 Mayor es la obligacion que por derecho civil se impone al padre de instituir ó desheredar á sus hijos que la que tienen los testadores en el caso de la ley de Toro. He dicho que es mayor la obligacion que impone el derecho civil al padre de instituir ó desheredar á sus hijos que la de la ley de Toro, porque la que tiene el padre por derecho civil es absoluta, y bajo la pena de que de lo contrario sea nulo el testamento, como todos saben, y la que se impone por la ley de Toro no es absoluta, sino respectiva y condicional, y por lo tanto queda arriba manifestado que el padre puede limitar la vinculacion del tercio, no solo á sus descendientes, sino á solo uno de ellos, sin tener precision de llamarlos á todos, y mucho menos á los ascendientes.

98 Sin embargo, pues, de ser mayor la obligacion que impone el derecho civil de instituir ó desheredar á los hijos, por ser esta obligacion de substancia del testamento, como se espresa en la ley 30, ff. *de liberis et posthumis*, si el hijo preterido se abstiene de la herencia de su padre, aunque por el rigor y sutileza del derecho deberia anularse la disposicion del padre, con todo consultando á la equidad y justicia, se sostiene su voluntad segun el jurisconsulto Papiniano en la ley 17, *de injusto rupto.* Lo mismo sucede en el caso de haber sido preterido el póstumo, pues si nace y muere antes que su padre, aunque por nimia sutileza de derecho deberia romperse el testamento, con todo se sostiene el testamento y se le da la posesion de los bienes *secundum tabulas* al heredero escrito, ley 12, ff. *eodem.* Pues con cuánta mas razon deberá sostenerse la voluntad del padre en el caso de la presente disputa, mayormente siendo menor la obligacion que le impone la ley de Toro que la que el derecho civil establece de instituir ó desheredar á los hijos.

99 Igual obligacion tiene el padre por derecho civil de instituir al póstumo que al hijo nacido, §. 1.º, *instit. de exher. liber.*, y sin embargo, faltando el padre á esta obligacion que le impone la ley, se sostiene el testamento hasta que se rompa por el nacimiento del póstumo, como se espresa en dicho §. 1.º, de que se infiere que el faltar el padre á la obligacion que le impone la ley de instituir por heredero al póstumo, no anula su disposicion hasta que llegue el caso de nacer el póstumo, y que si este no nace se sostiene la disposicion del padre en el llamamiento de los herederos estraños; porque si el póstumo no rompe el testamento del padre en que ha sido preterido, sino naciendo, es mas que claro que no habiendo nacido continuará válido el testamento, y la razon de esta disposicion parece ser, porque no llegó el caso de que el póstumo pudiera ser heredero de su padre.

100 Aplicada esta doctrina al caso de la presente disputa, se hace demostrable no solo que se ha de sostener el vínculo fundado por el testador en los legítimamente llamados, aunque haya faltado á la obligacion que le imponia la ley de llamar á los ascendientes, sino que si antes que á estos se les defiera la sucesion mueren á imitacion del póstumo que no llega á nacer, continuará la sucesion del vínculo en los colaterales legítimamente llamados, en caso de que no les precedan los ascendientes.

101 De lo dicho en la resolucion de esta duda se viene en un claro convencimiento de lo que debe decirse cuando el

testador hubiese dispuesto un vínculo de rigorosa agnacion entre sus descendientes, ó hubiese escluido de la sucesion á los clérigos, frailes y monjas, ó á los ilegítimos, y en todos estos casos al tiempo de faltar el último de los agnados llamados no existiese ninguna hembra, clérigo, fraile ó monja ni descendiente ilegítimo, deberia pasar la sucesion al siguiente grado de las personas llamadas por la ley, sin embargo de que la voluntad del testador no fue arreglada y conforme á la disposicion de la ley.

102 El mismo Angulo en la glosa 4.ª, número 17, suscita la duda de si habiendo el testador hecho todos los llamamientos que se espresan en la ley, invirtió el órden que en la misma se previene, como si por ejemplo llamó á los ascendientes antes que á los descendientes, deberán reducirse al órden dispuesto por la ley, y resuelve que sí, fundado en que el testador los llamó á todos sin esclusion de ninguno, y manifestó su voluntad de que fuese perpetuo el vínculo, y en apoyo de esta resolucion se refiere á lo que dejaba dicho en los números 14 y 15 de la misma glosa, en donde tratando de si se anularia la disposicion del testador cuando haya invertido el órden en alguno de los llamamientos, resuelve que solo se anulará la disposicion en la parte que no fue arreglada á lo prevenido por la ley, pero en la que fue conforme á la misma subsistirá, y en prueba de esta resolucion alega que lo útil no se vicia por lo inútil; y á mas cita la ley 3.ª, *de conditionibus et demostrationibus*, que dice que las condiciones imposibles se tienen por no puestas, infiriendo de esto que el órden establecido por el testador como contrario á la ley debe reputarse por imposible de derecho, y de consiguiente tenerse por no puesto. Tambien cita en apoyo suyo la ley *quoniam in prioribus C. de inofficioso testamento*, en que se ordena que el gravámen impuesto sobre la legitima se repela y anule.

103 El señor Castillo propone esta duda en el lib. 2.º, tít. 7.º, número 14, y sigue la opinion de Angulo, que despues la reproduce en el lib. 5.º, cap. 98, número 7.º, reduciéndose el número de pruebas que acopia á la presunta voluntad del testador de que habiendo manifestado su ánimo de fundar un vínculo perpetuo, debe presumirse quiso que las vocaciones ó llamamientos que habia hecho invirtiendo el órden establecido por la ley se redujeran y arreglaran á ella, sin lo que el vínculo no podia ser perpetuo, y á que el acto que no puede subsistir en la forma que se ha ejecutado, subsista y valga en el mejor modo que pueda, cuyos fundamentos quedan desvanecidos con las pruebas que propuse arriba para refutar las dos opiniones que defiende el señor Castillo de que cuando el testador escluyó espresamente algunas personas de las llamadas por la ley, ú omitió el llamar otras, deben no tenerse por escluidas, y suplirse los llamamientos si el testador manifestó su voluntad de fundar un vínculo perpetuo.

104 Supone Angulo y tambien él señor Castillo en la presente duda, que el testador ha de manifestar su voluntad de fundar un vínculo perpetuo, con lo que dan á entender que cuando no la manifiesta no deben suplirse los llamamientos hechos contra el órden prevenido en la ley, cuya distincion la tengo por infundada y arbitraria, pues siendo el principal apoyo de la opinion de estos autores la voluntad espresa del fundador, manifestándose esta igualmente cuando se invierte y altera el órden de los llamamientos limitando la vinculacion á cierto grado ó grados de personas y á determinado número de ellas, que cuando espresa y generalmente las llama á todas, parece que en ambos casos debia suplirse el órden de los llamamientos, pues tanto en un caso como en otro manifestó el testador su voluntad de invertir el órden de los llamamientos, sin otra diferencia que la accidental de que en un caso fuera el vínculo temporal y limitado y en el otro perpetuo, cuya diferencia en nada perjudica ni disminuye la voluntad del testador, á la manera que no se disminuye y altera cuando hace mas ó menos grados de substitucion á su herencia, ó el donante comprende mayor ó menor cantidad en la donacion.

105 Examinemos mas de cerca la opinion de estos autores. Pretende Angulo que aun cuando el testador haga la mejora del tercio en primer lugar en uno de sus ascendientes, y despues substituya á los demas llamados por la ley invirtiendo el órden de los llamamientos, será subsistente la vinculacion, y se suplirán los llamamientos y substituciones segun el órden prevenido por la ley.

106 Es constante que el tercio de me-

jora es legítima de los descendientes con obligacion de haber de dejarlo á favor de uno de ellos, á la manera que la legítima corta ó propiamente tal hay precision de dejarla á cada uno de los hijos, sin otra diferencia de que la del tercio puede asignarse á uno ó á muchos de los hijos ó descendientes del testador, y la otra necesariamente se ha de asignar á cada uno de los hijos del primer grado íntegramente y sin ningun gravámen.

107 Supuesto este principio, que es un dogma legal en nuestra jurisprudencia, veamos los efectos que produce la preterición del hijo en el testamento del padre, y sin detenernos á probar lo que nadie ignora, es evidente que es nula y de ningun efecto la disposicion del padre, por lo que parece indispensable decir en buena lógica que cuando el testador constituye un vínculo en el tercio, y llama en primer lugar á su ascendiente, hace una disposicion nula y de ningun efecto, por haber preterido á todos sus descendientes, que por leyes del reino tienen un derecho preferente á dicho tercio, á cualquiera otra persona, y puede ser prueba de esta verdad la misma ley que comentamos, que despues de permitir pudiese gravarse el tercio de mejora con vínculo ó restitucion, señala el órden con que deben hacerse los llamamientos, poniendo en primer lugar el de los hijos y descendientes, y en falta de estos pasa á hacer otros, y por último concluye que de otra manera no se pueda poner vínculo ni gravámen en el tercio, con cuya espresion anula lo que en contrario se hiciese, como ya queda provado arriba.

108 Se pretenderá acaso decir, que cuando el testador constituye la mejora y gravámen del tercio en su ascendiente, aunque en realidad falta á lo prevenido por la ley, no hace una pretericion absoluta de sus descendientes, pues se supone que los ha de llamar en su disposicion, sin otra diferencia que no hacer el llamamiento de ellos en el órden y lugar que le correspondia, y por lo tanto no es de admirar el que no se anule, sino que se sostenga su disposicion, supliéndose la falta cometida por el testador en no haber llamado á sus descendientes en el órden que les correspondia en virtud de la voluntad tácita ó presunta del mismo.

109 Esta salida en realidad es un mero efugio que tiene mas de ingenioso que de sólido, como voy á demostrar. Dispone el derecho civil que cuando en la institucion ó primer grado ha sido preterido el hijo que debia ser instituido, aunque se le haya llamado en la substitucion ó segundo grado, se anula y es de ningun efecto la institucion ó disposicion del testador en el primer grado, como clara y espresamente se ordena en la ley 3.ª, §. 6.º, ff. *de liberis et posthumis*, en donde se propone el caso de que el padre haya preterido al hijo en el primer grado, y en el segundo haya desheredado, y responde el jurisconsulto Ulpiano, siguiendo á otros que cita, que anulado el primer grado ó la institucion deberá principiar á tener efecto el testamento en el segundo grado en que el hijo fue desheredado.

110 Contraida esta doctrina al caso de la disputa, es forzoso decir que la mejora y gravámen impuesto al tercio llamando en primer lugar al ascendiente del testador, y no haciendo mencion de sus descendientes sino para la substitucion, debe ser nulo y de ningun efecto, y solo deberá empezar á tener efecto la voluntad del testador en el grado de la substitucion en que ha sido llamado el descendiente ó descendientes. Ahora bien, anulada la institucion ó el llamamiento hecho en favor del ascendiente, ¿con qué título ha de poder suceder este en el vínculo? Con ninguno, pues habiéndose anulado, ó por mejor decir, sido nula la institucion ó llamamiento que se hizo de él en el primer grado, se tiene y reputa como si no hubiera sido hecho, y por lo mismo tampoco puede suceder en el grado de la substitucion, porque en realidad no ha sido substituido.

111 Aun se persuade esto mismo con mayor claridad en la decision de la ley 14, ff. *eodem tít.*, en la que el jurisconsulto Africano se propone el caso de que un padre desheredase en el primer grado al póstumo, lo prefiriese en el segundo, y lo volviese á desheredar en el tercero, y que naciese y muriese antes de haber admitido ó aceptado la herencia los instituidos, y pregunta si omitiendo los primeros instituidos la adicion de la herencia pertenecerá esta á los que han sido instituidos ó llamados en tercer grado, ó á los legítimos herederos, y resuelve que los legítimos herederos escluirán á los testamentarios en este caso. De aqui se deduce que cuando la ley ordena que se haga mencion en primer lugar de alguna persona para instituirla por herede-

ra ó desheredarla, si es preterida no solo se anula la disposicion del testador en el grado que ha contravenido por la pretericion, sino en los demas grados y substituciones que posteriormente haya hecho.

112 Aplicada esta resolucion al caso de la presente duda es forzoso decir que no estando el padre menos obligado por la ley de Toro á dejar el tercio de sus bienes á alguno ó algunos de sus descendientes en primer lugar, que lo está por la ley civil á instituir ó desheredar al póstumo sin que baste llamarlo ó hacer mencion de él en otro lugar que el que le corresponde, asi como por la ley civil se anulan todos los llamamientos y substituciones posteriores al grado en que ha sido preterido el póstumo, del mismo modo deben anularse tambien todos los llamamientos en que el descendiente ó descendientes del testador han sido preteridos, ó no se ha hecho mencion de ellos en cuanto á la mejora del tercio; y como en el primer grado ó llamamiento no hizo mencion de sus descendientes sino de los ascendientes se sigue por una consecuencia legítima que desde aquel grado fue nula su disposicion no menos que si hubiera preterido en la institucion de heredero á un hijo del primer grado y todos los llamamientos y substituciones que posteriormente hubiese hecho: véase al sábio Cujacio en el Comentario á esta ley 14, en el tratado 4.º, á las leyes del jurisconsulto Africano, donde nota la diferencia que hay entre el hijo nacido y el póstumo cuando ambos han sido preteridos en el primer grado, y desheredados en el segundo en cuanto á dejar sin efecto la disposicion del testador.

113 Valgámonos aun de otro raciocinio no menos eficaz para persuadir el intento; ó el testador ignoraba la disposicion de la ley, ó era sabedor de ella; si se dice lo primero no debe subsistir su disposicion, pues aunque es cierto que la ignorancia de derecho no daña al que la padece, tambien lo es que no aprovecha al que la tiene; y asi advierte el docto Cujacio en el capítulo 39 del libro 5.º de las observaciones, que dañar y no aprovechar son cosas enteramente diversas, porque dice que dañar es causar perjuicio, y no aprovechar es ni traer utilidad ni eximir de daño, de que infiere que cuando en la ley 9.ª, ff. *de juris et facti ignorantia* se pone por regla que daña la ignorancia de derecho, se debe entender que no aprovecha, de que concluye que el error de derecho ni acarrea utilidad ni liberta y exime de daño.

114 Sentado, pues, este principio, y contradiciéndole al asunto, es indispensable reconocer que siendo nulo lo que se hace contra la decision de la ley, como latamente queda arriba demostrado, se sigue por una consecuencia legítima que no eximiendo de daño la ignorancia de derecho ha de estar sujeto en nuestro caso el que la padece á que sea nula y de ningun efecto la disposicion del testador, contraria en el órden de los llamamientos á lo establecido por la ley.

115 Si el testador estaba noticioso de la disposicion de la ley, y con todo la quebranta, no es acreedor á que se le exima de la pena que en la misma se le impone, que es la de nulidad del acto, haciéndose tanto menos acreedor á esta indulgencia, cuanto la ley directamente se ordenaba á conceder al testador la gracia de que pudiese gravar el tercio de mejora que antes no le era permitido, y seria el mayor absurdo que al que desprecia la gracia que por la ley se le concede se le aplicase el beneficio que por la misma se le dispensa.

116 Resta ahora satisfacer á los fundamentos que propuso Angulo para establecer su opinion. Dice que asi como se quitan y tienen por no puestas las condiciones imposibles, aqui debe observarse lo mismo; pero no advierte que en la disposicion del testador que no invierte el órden de los llamamientos no hay condicion alguna que suspenda el acto, sino que hace absoluta y directamente unos llamamientos contrarios á lo prevenido por la ley, y asi si las condiciones imposibles se tienen por no hechas, porque de lo contrario suspenderian la disposicion del testador, no habiendo condicion alguna suspensiva en el caso de la disputa es claro que no rige la paridad. Si las condiciones se quitan y tienen por no puestas, porque son en contravencion de la ley, tan distante está de servir de apoyo á la opinion de Angulo este argumento, que antes bien la destruye y confirma la contraria, pues por el mero hecho de ser contraria á la disposicion de la ley la inversion hecha por el testador en el órden de los llamamientos deben estos tenerse por no hechos y de ningun efecto.

117 Por la misma razon claudica el argumento que deduce de la ley 32, C. *de*

inofficioso testamento, en que se ordena que el gravámen impuesto en la legítima se quite y tenga por no puesto, porque la resolucion de la ley en esta parte se funda en la inhibicion que antes dejaba hecha, de que se pudiese gravar la legítima, y de consiguiente el tenerse por no puesto el gravamen cargado en la legítima nace de ser un acto hecho en contravencion de la ley; con que siendo igualmente un acto hecho contra la disposicion de la ley de Toro, la inversion de los llamamientos dispuestos por el testador debe decirse por identidad de razon que se han de tener por no hechos y de ningun efecto, y por lo tanto se evidencia que los argumentos de que se vale Angulo en apoyo de su opinion no solo la destruyen sino que al mismo tiempo son un testimonio irrefragable de la solidez de la contraria.

118 Es tambien duda en esta ley si los hijos legítimos por el subsiguiente matrimonio deberán ser preferidos en la sucesion á los *mere* naturales. Matienzo en la glosa 4.ª, numero 6.º de la presente ley, suscita esta cuestion, y Angulo en la glosa 7.ª, número 2.º, y ambos autores estan por la afirmativa, aunque ningun fundamento alegan de su asercion, sino el de la legitimacion.

119 Para mayor claridad de la presente duda y su resolucion conviene proponer el caso en que ha de tener lugar la cuestion. El poseedor del vínculo se halla con un solo descendiente ilegítimo, y su hermano ha dejado un hijo legítimo por el subsiguiente matrimonio; llegando á faltar el poseedor actual se duda si el legitimado que es colateral al último poseedor ha de ser preferido al descendiente de este, por ser meramente natural, y corresponde decir que debe ser preferido á causa de que el legitimado por el subsiguiente matrimonio se tiene por legítimo por el capítulo Tanta. *Qui filii sint legit.*, y la ley 1.ª, título 13, partida 4.ª, y de consiguiente asi como en cualquier caso el colateral legítimo del último poseedor debe ser preferido al hijo natural de este, concurriendo en ambos la cualidad de ser descendientes del testador, del mismo modo ha de decirse que corresponde igual preferencia al legitimado. Aun se persuade mas eficazmente esta verdad con la resolucion de la ley 12 de Toro, que espresamente declara que el hijo legitimado por rescripto del Príncipe, aunque lo sea para heredar los bienes de sus padres, no pueda ser admitido á la herencia en concurrencia del legitimado por el subsiguiente matrimonio. Si, pues, este legitimado escluye y es preferido al legitimado por rescripto del Príncipe, con mayor razon escluirá y deberá tener preferencia respecto del mero natural.

120 Mayor dificultad se presenta en resolver si el legitimado por rescripto del Príncipe tendrá respecto del hijo natural la misma preferencia que el legitimado por el subsiguiente matrimonio. Angulo en el lugar citado se propone esta duda, y sin alegar razon ni autoridad, bajo su palabra, se resuelve por la afirmativa; pero sin embargo tengo por infundada su opinion, á lo menos en la generalidad con que la sienta y establece, pues es constante que por lo regular la legitimacion que concede el Príncipe es limitada y no general y absoluta, y asi dice Rodrigo Suarez en la limitacion 12 de la repeticion á la ley *quoniam in prioribus*, que en estos reinos se acostumbra conceder la legitimacion sin perjuicio de los ascendientes y descendientes, y de los que tienen el derecho de suceder abintestato, y el señor Molina en el lib. 3.º, cap. 3.º, número 24, afirma que cuando la legitimacion se ha concedido simplemente sin respeto ó consideracion á alguna sucesion no se entiende que deroga y perjudica el derecho del substituto, y en el capítulo 8.º del lib. 1.º, número 31, no duda resolver que el Príncipe sin que haya justa causa no puede privar á los llamados á la sucesion de un vínculo del derecho que les compete, bien sea este derecho *in actu ó in spe*, y lo mismo repite en el capítulo 3.º del lib. 3.º, números 14 y 23. Si, pues, la legitimacion concedida por el Príncipe se reduce á que suceda el legitimado en lo que el padre quiera dejarle, ó limitándola á que no sea en perjuicio de tercero, es claro que este legitimado ó dispensado no podrá suceder sino en lo que el padre quiera, y lo que no sea en perjuicio de tercero; y como resultaria necesariamente este perjuicio al hijo natural de mejor línea y grado, si al legitimado se le diera la preferencia para suceder en el vínculo del tercio, de aqui es que no debe concedérsele cuando la legitimacion es limitada, sino que debe estarse precisamente á los términos con que ha sido concebida, como juiciosamente lo advierte Tello en el número 26 de la ley 12 de Toro.

121 Tambien se duda acerca de la disposicion de esta ley si el testador podrá gravar el vínculo del tercio, imponiendo al poseedor la obligacion de distribuir alguna cantidad á los pobres, ó á favor de algun tercero ú otra obra pia.

122 Palacios Ruvios toca indirectamente esta duda al número 22 del Comentario á esta ley, en donde pregunta, si habiendo gravado el padre al hijo á quien legó el tercio con la obligacion de dar cierta cantidad anualmente á Ticio, no quisiese el hijo aceptar el legado, si se le podria precisar á recibirlo, y responde que sin embargo de que por la ley 5.ª, tít. 9.º, partida 6.ª, parece que no debe precisársele á la emision, tiene por mas cierto que puede Ticio precisarle á que acepte el legado y le contribuya con la pension, y cita en comprobacion varias leyes del derecho civil, de cuya esposicion manifiestamente se infiere que lo mismo responderia Palacios Ruvios si se hubiera propuesto la duda en el vínculo formado del tercio.

123 Angulo en la glosa 4.ª, número 10, se propone en términos espresos esta duda, y resuelve que si el gravámen que impone el testador es á favor de los suyos, se sostendrá el dicho gravámen; pero si es en beneficio de pobres, estraños, misas, festividades, redencion de cautivos ú otras cosas semejantes, no será admisible habiendo parientes del testador. Cuya resolucion es enteramente conforme á la disposicion de la ley, pues considerando esta el tercio de bienes como legítima de los hijos y descendientes, y concediendo el que sin embargo se pueda gravar, con tal que en los llamamientos se observe el órden prevenido, si se pudieran dejar esas cantidades á favor de obras pías, que no pueden menos de reputarse por estrañas respecto del testador, se privaria á los hijos y descendientes de aquella parte de bienes que se invirtiese en semejantes destinos, lo que no es admisible atendida la naturaleza de los bienes de que se compone el tercio; debiendo advertir que no basta para que se sostenga el gravámen que sea á favor de algun pariente del testador, sino que es preciso é indispensable que el agraciado esté en la misma clase y órden del poseedor del vínculo, como por ejemplo, si el poseedor es descendiente del testador, el agraciado ha de ser tambien descendiente del testador, sin que baste que sea colateral, pues asi como el testador no puede llamar á los del segundo grado y demas respective, sin que se hayan estinguido y faltado todas las personas comprendidas en el primero, del mismo modo y por igual razon no puede gravarse el vínculo con alguna pension á favor de los colaterales ínterin que haya descendientes del testador, y asi afirma Angulo en el lugar citado que los descendientes del testador podrán ser gravados para dar, restituir ó distribuir alguna cantidad entre los descendientes, pero no entre colaterales ó estraños, aunque sean obras pías. En suma, el gravámen solo podrá tener lugar entre las personas de aquel órden respectivo en que esté y se halle el poseedor del vínculo.

124 Supuesto que la ley deja al arbitrio del testador estender ó limitar los llamamientos y substituciones á los grados y personas que le pareciere, y que en el último de los substituidos se concluiria la vinculacion, pregunta Angulo en la glosa 11, número 6.º, si cuando el testador dispusiese que el hijo mejorado y los descendientes de este sucediesen en el vínculo en el modo y forma que se acostumbra á suceder en los mayorazgos por leyes y costumbre, concluida la línea y descendencia del mejorado deberia continuar la sucesion en los otros descendientes del testador y en sus colaterales, ó quedarian libres los bienes en el último de la línea substituida, y resuelve en el número 9.º, que sin embargo de que cuando el mayorazgo se constituye indefinidamente sin espresar ningun llamamiento para que se suceda en él por derecho de mayorazgo en el modo y forma que por leyes y costumbre se suele suceder, debe decirse que la vinculacion será perpetua en los descendientes y parientes del testador; si la vinculacion solo se refiere á cierta línea y personas, afirma que en la última de ellas se concluirá el vínculo, y quedarán los bienes de libre disposicion.

125 El señor Molina en el capítulo 4.º, número 12 del libro 1.º *de primogenitis*, se propone esta misma cuestion, y resuelve que tanto en el caso que el vínculo se constituya sin respeto á las personas que han de ser llamadas á la sucesion, como cuando se refiera á ellas, como por ejemplo dijese el testador vinculo mis bienes, y sucesivamente pasase á hacer el nombramiento de las personas que habian de suceder en ellos, ó al contrario nombrase primero al que constituia su heredero, y despues aña-

diese era su voluntad los poseyese él y sus sucesores por derecho de vínculo, segun y en el modo y forma que se acostumbra por las leyes del reino, debe perpetuarse el vínculo ó mayorazgo no solo en la descendencia del primer llamado, sino en los demas descendientes del fundador, y á falta de ellos en sus transversales, como clara y terminantemente lo afirma en los números 30, 32 y 39 del citado capítulo.

126 No es tanto de admirar esta opinion del señor Molina como el empeño que hace en querer persuadir con leyes del derecho civil la perpetuidad de los fideicomisos dejados á la familia, para inferir y probar la de los mayorazgos, cuando el mismo derecho civil espresamente la reprueba y contradice.

127 En la ley 32, §. *in fideicomiso, ff. de legatis* 2.º se declara que el fideicomiso dejado á la familia lo podrán pedir los llamados por el testador, y cuando estos falten entrarán los que sean de la familia del testador al tiempo de su muerte, y los descendientes de estos en primer grado, á no ser que el testador estendiese su voluntad á los grados ulteriores. Parecia que una resolucion tan clara y terminante destruia del todo la opinion del señor Molina; pero este autor en el número 33 la refiere, tan variada, suprimiendo lo que le perjudica que se hace muy reparable su falta de exactitud y fidelidad; dice, pues, que en la espresada ley se ordena que en el fideicomiso dejado á la familia no deben suceder solamente aquellos que están nombrados ó llamados de la misma familia, sino que despues de ellos deberán ser admitidos sucesivamente todos los que procedan de la espresada familia, de que infiere que el fideicomiso dejado á la familia es perpetuo interin que dure esta, y que lo mismo se ha de decir en los mejorados. A la simple lectura de la ley se echa de ver que su disposicion limita la sucesion en el fideicomiso á los descendientes del primer grado de aquellos que eran de la familia del testador al tiempo de su muerte; ¿pues cómo puede decir el señor Molina sin incurrir en una manifiesta infidencia, que la ley dispone que despues de los llamados especificamente por el testador deberán suceder indefinidamente todos los que procedan de la familia del mismo?

128 No es menos reparable la esposicion que hace al número 30 de la resolucion de la novela 159 del Emperador Justiniano, en la que se declara en los capítulos 2.º y 3.º que la prohibicion de enagenar los bienes comprendidos en el fideicomiso para que perpetuamente no salgan de la familia y se conserven en ella, no se estienda mas allá del cuarto grado; pues dice que esta decision se ha de entender del caso de que no aparezca que la mente y voluntad del testador no fue prohibir para siempre y perpetuamente la enagenacion de los bienes del fideicomiso, porque si se colige que fue la voluntad del testador que la prohibicion fuese perpetua, y que pasase del cuarto grado, en tal caso se deberá observar perpetuamente la prohibicion aunque pase del cuarto grado.

129 Ahora bien, si el caso que se le consultó al Emperador, y sobre que recayó su resolucion, fue de haber dispuesto el testador que los bienes del fideicomiso perpetuamente permaneciesen en su familia, y que nunca saliesen de ella, ¿podrá caber la menor duda en que la voluntad del testador fue de prohibir perpetuamente y para siempre la enagenacion de los bienes del fideicomiso? ¿Pues cómo dice el señor Molina que la decision de Justiniano solo tendrá lugar cuando no aparece que la voluntad del testador fue de prohibir para siempre la enagenacion? ¿Por ventura hay alguna voluntad que mas claramente se manifieste que la espresa? Pues si el testador espresamente prohibe la enagenacion de los bienes del fideicomiso para siempre y perpetuamente, cuya prohibicion no solo la pone en la institucion, sino que tambien la repite en la substitucion, ¿cómo pretende persuadir el señor Molina que la decision de Justiniano solo ha de tener lugar en el caso de que el testador no haya manifestado voluntad de prohibir perpetuamente la enagenacion? Ciertamente que para estampar una esposicion tan absurda era necesario, ó no haber visto el caso de la consulta, ó dejarse arrastrar del empeño de intentar persuadir y fundar la perpetuidad de los mayorazgos de España con la de los fideicomisos de los romanos.

130 Con mas prudencia y discernimiento procedió el señor Covarrubias en la esposicion que hace de la espresada novela de Justiniano en el cap. 5.º, lib. 3.º de sus varias, número 4.º, en donde refiere su decision, reducida á que la prohibicion de enagenar los bienes del fideicomiso para que perpetuamente se conservasen en la familia, no

producia efecto ni se estendia á mas allá de la cuarta generacion, y afirma que esta es la unánime opinion de los doctores, los que tambien unánimemente convienen que dicha opinion no tendrá lugar cuando el testador impone á los herederos la prohibicion de enagenar, añadiendo era su voluntad que los bienes hereditarios perpetuamente permaneciesen en sus sucesores ó descendientes, en cuyo caso dicen se manifestaba queria el testador que la prohibicion de enagenar se estendiese á la cuarta y quinta y demas generaciones.

131 A continuacion de esto reconoce el señor Covarrubias que la decision de Justiniano es muy dura, y que la esposicion que de ella hacen los doctores le es manifiestamente contraria, y confiesa de buena fé que no alcanza ni comprende la diferencia que pretenden establecer entre prohibir la enagenacion para que los bienes perpetuamente se conserven en la familia, y prohibirla para que los bienes perpetuamente permanezcan en sus descendientes, dando á entender en esto que bajo el nombre de descendientes se comprenden mas generaciones que bajo el de familia. Cujacio en la esposicion de esta novela afirma que segun derecho es permitido substituir para siempre ó perpetuamente, y se inclina á que dicha novela es una de aquellas, que segun Hermonopolo, compuso Tribuniano obscura y ambiguamente ganado por dinero. Para hacer ver la falsedad de una disposicion tan absurda y ridícula se vale el señor Covarrubias de la decision de las leyes 195, 220, ff. *de verb. sign.* y de la 5.ª C. eod. tít., las que claramente manifiestan la identidad que se halla entre la familia y las personas de que se compone, de lo cual infiere justamente que los que reconocen que en el caso de la novela la prohibicion no pasa del cuarto grado deben confesar que lo mismo ha de suceder cuando se hace la prohibicion con el fin de que los bienes perpetuamente se conserven en sus descendientes. Parecia escusado se hubiese ocupado el señor Covarrubias en buscar y citar leyes que persuadiesen cuán infundada era la distincion que impugna, cuando un simple raciocinio bastaba para destruirla; la familia del testador se compone de los descendientes del mismo, con que era preciso que fuese tan duradera como ellos, á no ser que se tenga el arrojo de decir que un cuerpo no es tan duradero como las partes de que se compone, lo que no cabe en quien haya saludado los principios de filosofia; ¿pues cómo la prohibicion que se hace para que los bienes perpetuamente se conserven en la familia ha de ser temporal y hasta la cuarta generacion, y la que se ordena para que perpetuamente se conserven en los descendientes ha de durar ínterin que no falten estos?

132 Pasando despues á manifestar su opinion el señor Covarrubias, dice es de parecer no se debe observar la disposicion de Justiniano siempre que de algunas conjeturas aparezca quiso el testador que la prohibicion fuese perpetua, y afirma que por ser esto conforme á la practica que se observa en estos reinos en la institucion de vínculos, primogenituras y fideicomisos, y á la voluntad de los testadores se estableció por la presente ley 27, á fin de dirimir esta controversia, que los vínculos y prohibiciones de enagenar fuesen perpetuas sin hacer distincion de cuarta y quinta generacion, y de aquí se infiere segun su dictamen que por la ley 27 se derogó la constitucion de Justiniano por el hecho de haberse establecido en aquella que los vínculos, prohibiciones y fideicomisos fuesen perpetuos ó temporales, segun lo dispusiese el testador, sin tener consideracion á la cuarta ó quinta generacion. Si el señor Castillo hubiera hecho el uso conveniente de esta doctrina del señor Covarrubias, supuesto que la tuvo presente al tiempo que examinaba esta duda, hubiera evitado incurrir en los defectos que se le han notado.

133 Contrayéndome ahora á resolver la duda propuesta arriba, digo que cuando el testador únicamente llama al mejorado, y su línea ó descendencia estinguida, esta debe entenderse concluida la vinculacion, sin que á esto se oponga el que el testador esprese y manifieste que se suceda en el vínculo en el modo y forma que se acostumbra por leyes del reino, porque estas espresiones no se dirigen á la perpetuidad del vínculo, sino al órden y graduacion con que se ha de suceder en el; esto es, á la preferencia que se ha de observar, y conceder á la línea, grado, sexo y edad, por no haber hasta ahora ninguna de nuestras leyes que establezca la perpetuidad de los vínculos; y como sábiamente observó el señor Covarrubias en el lugar citado, la presente ley de Toro derogó la constitucion de Justiniano en cuanto limitaba la sucesion de los fideicomisos y vínculos á la cuarta

generacion, sin que por esto la hiciese perpetua, antes bien espresamente dispuso y ordenó que los vínculos durasen para siempre, ó por el tiempo que al testador pareciese, cuya disposicion es la primera y única que en nuestras leyes se halla que trate acerca de la duracion y permanencia de los vínculos y primogenituras de España.

134 Sentado este principio es indispensable reconocer que en la sucesion de los vínculos como en su duracion, la única regla que debe gobernar y regir es la voluntad del testador, con que si este solamente llama á los descendientes de la línea del mejorado, estos y no otros son los que únicamente han de suceder, de forma que en el último de ellos se concluirá la vinculacion. No se opone á esto el que se presuma quiso el testador que el vínculo durase para siempre, porque esta voluntad debe entenderse condicional, con tal que la línea fuese perpetua y no se estinguiese, y esto es tan cierto, que aun cuando el testador llamando solo á los de una línea dijese espresamente era su voluntad que el vínculo fuese perpetuo en ella, fenecida la línea se concluiria la vinculacion, como sucede cuando el testador espresamente declara quiere que el vínculo perpetuamente se conserve en su familia, pues estinguida esta es indispensable se acabe la vinculacion, porque la perpetuidad es una cualidad que no puede existir por sí, sino que está inherente al sugeto á que se comunica, y faltando este por necesidad ha de faltar aquella como accidente sin substancia.

135 Tanto fue el deseo del señor Molina de favorecer á los mayorazgos que no se detuvo en hacerlos perpetuos por naturaleza, y asi no dudó en la definicion que nos hizo de ellos al número 22 del capítulo 1.º del libro 1.º incluir la perpetuidad como uno de sus constitutivos considerándolos perpetuos por naturaleza, como afirma en varios lugares de su obra, de lo cual deberia necesariamente inferirse que todo mayorazgo que tuviese llamamientos limitados á una línea con esclusion de las demas, dejaria de serlo, y no deberia comprenderse bajo este nombre, lo que es absolutamente falso y contrario á la facultad que por la presente ley se concede á los testadores de hacer sus vínculos perpetuos ó temporales, como mejor les pareciere; y por el auto 7.º del tít. 7.º del lib. 5.º de los ascendientes, se declara que los mayorazgos fundados en las donaciones hechas por el señor don Enrique II se concluyen y acaban en la línea del último poseedor, aunque tenga hermanos y otros descendientes del fundador.

136 A la verdad, si el llamar una línea bastára para que se entendieran llamadas todas las demas que constituyen la familia del testador, era bien escusada la general y comun práctica que se observa en las fundaciones de los vínculos, en donde los fundadores, no solo llaman á la línea predilecta, sino á cada una de las demas, con una prolija y molesta repeticion de las mismas cláusulas.

137 Por último, conviene advertir aquí que la facultad que por esta ley se concede de poder fundar vínculos ó mayorazgos del tercio y remanente del quinto se ha derogado por la real cédula de 28 de Abril de 1789, en que se prohibe por punto general se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó mejora de tercio y remanente del quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, sin obtener antes licencia del Rey, y que la resolucion de la ley 27 no comprende el quinto, pues pudiendo dejarse este á los estraños, con mas razon podria gravarse en favor de los propios y descendientes.

138 Como la disposicion de la ley rije igualmente en los contratos entre vivos que en las últimas voluntades, debe suponerse que cuanto se ha dicho acerca de estas debe tener lugar y rejir en cuanto á aquellos.

139 Resta ahora examinar, como prometí arriba, los fundamentos con que intenta renovar don Pedro del Villar Bermudez de Castro en nuestros dias la opinion de Luis de Avendaño, que ya queda impugnada, y hacer ver la debilidad de las razones de esta opinion, las contradicciones en que incurre, y las estrañas, nuevas é inauditas proposiciones que sienta para sostenerla.

140 Pretende este autor, despues de haber referido las varias opiniones de los autores acerca de la inteligencia de la ley 27, que su genuino sentido, procediendo sin obcecacion, es de que tiene dos partes igualmente principales: la una terminante, á declarar que el mejorante puede gravar; y la otra á cómo ha de gravar; y procurando distinguir y esplicar estas dos partes, dice asi al número 17 del cap. 4.º "Cuan-

do supone que el padre ó madre mejoren, y les declara con potestad de gravar, habla de uno en singular, porque solo alguno de sus hijos ó descendientes legítimos era mejorado y gravado; mas cuando trata de arreglar ó esplicar, como debe entenderse, aquella potestad, dice que pueda ser respectivamente entre sus descendientes legítimos de ellos mismos, y del mejorado copulativa y disyuntivamente, al modo que dijimos de los del mejorado y mejorante, todos ellos á uno y á mas grados distantes de aquel, esto es, precisamente entre los descendientes de dicho mejorado, como entre muchos derivados de él solo, no como entre muchos hermanos suyos."

141 De esta esposicion sacamos que cuando la ley concede al padre la facultad de hacer en el tercio los vínculos, sumisiones y substituciones que quisiere, se ha de entender que los debe hacer precisamente entre los descendientes del dicho mejorado, y nada alega en apoyo de su esposicion sino proposiciones arbitrarias y de capricho, que solo con negarlas quedan escluidas; pero veamos si la esposicion que se ha referido es conforme y adaptable á las palabras de la ley: dice esta que el padre y la madre puedan hacer en dicho tercio los vínculos, sumisiones y substituciones que quisieren, con tanto que los hagan entre sus descendientes legítimos, y á falta de ellos que puedan hacerlo entre sus parientes ilegítimos que hayan derecho de los poder heredar &c.

142 Que estas palabras de la ley no admiten la limitacion y restitucion que pretende darles el autor, se convence y demuestra con el siguiente dilema: ó en las palabras *sus descendientes* comprenden todos los que lo son del mejorante ó fundador, ó solo los que provienen de la línea del mejorado: si se elije el primer estremo, queda destruida la opinion del autor: si se abraza el segundo, se sigue por una consecuencia necesaria el inaudito absurdo de que en los llamamientos que hace la ley para el vínculo del tercio no sean comprendidos, ó queden escluidos los descendientes del fundador de diversas líneas que la del mejorado, porque despues de dichas palabras no vuelve la ley á hacer mas mencion de descendientes.

143 Tambien incurriria el autor en una evidente y vergonzosa contradiccion, porque haciendo en el número 35 la enumeracion del órden que guarda la ley en sus llamamientos, afirma que en tercer lugar son llamados los descendientes del fundador de distintas líneas que la del mejorado, esto es, despues de los descendientes legítimos é ilegítimos de este, de que se convence hasta la evidencia que las palabras sus descendientes, en quienes permite la ley que puedan el padre ó la madre hacer sumisiones y substituciones en el vínculo de los bienes del tercio, se deben entender y referir á todos los descendientes del fundador, sean ó no de la línea del mejorado, porque de lo contrario tendria el autor que sufrir la réplica de que si los descendientes legítimos del fundador de todas las líneas no eran llamados por la ley, ¿por qué les señalaba el tercer lugar en el órden de la sucesion? Y si en realidad estaban comprendidos en los llamamientos, ¿por qué los posponia á los descendientes ilegítimos del mejorado? A cuya réplica con dificultad se dará una respuesta que satisfaga.

144 Acaso se pretenderá decir que los descendientes del fundador de distintas líneas que las del mejorado se entienden llamados en la facultad que concede la ley á los padres de que puedan hacer las dichas sumisiones y substituciones en sus parientes, que por serlo en realidad del mejorado son llamados con este nombre; pero ni aun este efugio aprovecha al autor á causa de que en el número 35 ya citado, espresamente afirma que en sesto lugar son llamados por la ley los colaterales del mejorante y mejorado, con que mal podrian ser comprendidos en el nombre de colaterales del fundador sus propios descendientes, á no ser que le ocurra tambien decir que son sinónimas estas palabras descendientes y colaterales respecto de una misma persona.

145 Tambien se verificaria todavia otra contradiccion, cual seria que habiendo dicho antes en el lugar citado que en tercer lugar llamaba la ley á los descendientes del fundador de distintas líneas que la del mejorado, dijese despues que en sesto lugar eran llamados los mismos en concepto de colaterales de dicho mejorado.

146 Aunque las contradicciones de un autor son la prueba mas convincente de la falsedad de la opinion que defiende, porque la verdad nunca está en oposicion consigo misma, sin embargo, las estrañas

proposiciones que sienta este autor en apoyo de su opinion ofrecen un claro convencimiento de su arbitrariedad y ninguna solidez.

147 Afirma el autor al número 21 del capítulo citado que la ley hace del mejorante un comisario legal del mejorado, y á los dos como fundadores de un solo vínculo; y ya en el número 12 habia indicado, aunque no con tanta claridad, que el mejorante y el mejorado hacian la mejora. Si porque el mejorado es elejido para suceder en el vínculo de la mejora se hace confundador de él, por igual razon deberá decirse otro tanto del donatario y del heredero, esto es, que el uno es condonante y el otro cotestador; y si el hijo ó persona instituida por heredera se halla en infantil edad, habrá de decirse que los que no han llegado á la pubertad estan autorizados por esta ley para otorgar testamento. Tambien deberia decirse otro tanto del elejido para un empleo civil, una prebenda ó dignidad eclesiástica, que eran coelectores, y en tal caso habria de decirse que los cánones que prohiben que ninguno pueda elejirse á sí mismo, bajo pena de nulidad, eran absurdos y erróneos; consecuencias todas tan inauditas y agenas de un profesor de jurisprudencia, como legítimamente deducidas de la asercion del autor.

148 El fundamento de este para su estraña proposicion no es otro que el de sostener que el padre por la ley está obligado á hacer las sumisiones y substituciones en los descendientes del mejorado, sin poder pasar á hacerlas en las otras líneas hasta evacuada la de este; pero aun cuando fuera cierta esta precision ó limitacion de la facultad del padre, que ya se ha visto solo existe en la imaginacion del autor, no era razon suficiente para pretender que el mejorante hacia veces de comisario legal del mejorado, y los dos eran confundadores del vínculo, porque tambien se halla prevenido por nuestras leyes, aun con mayor estrechez que la que se intenta atribuir á la presente ley de Toro, que el padre haya de dejar á sus hijos la parte ó porcion de sus bienes que les corresponden por sus legítimas, y estan señaladas por derecho, y no obstante esta obligacion que la ley impone á los padres, á nadie le ha ocurrido decir que el padre, cuando instituye por herederos á sus hijos de la parte que deben haber, lo hace en concepto de comisario legal de ellos, y que los mismos son tambien cotestadores.

149 Tampoco se alcanza por qué se ha de tener y reputar al mejorado por confundador del vínculo, cuando ni él hace la fundacion ni los llamamientos, y lo que es mas, ni los bienes son suyos, sino del mejorante. Que el mejorante hace la fundacion y el llamamiento de las personas para la sucesion lo acredita de un modo incontestable el instrumento de la fundacion, en que solo ha intervenido el mejorante, y por lo tanto otorgado solo en su nombre, sin asistencia, y muchas veces sin noticia del mejorado. Que los bienes sean únicamente del mejorante, sin tener parte alguna en ellos el mejorado, lo reconoce el autor al número 18 del cap. 4.°

150 Si, pues, el mejorante es el que hace la fundacion, el que arregla á su voluntad los llamamientos en los términos que la ley le permite hasta poder hacer el vínculo temporal ó perpetuo, y de sucesion regular ó saltuaria ó de cualidad, como confiesa el autor al número 12, ¿en qué juicio cabe decir que el mejorado es cotestador con el mejorante, cuando no tiene, como se ha evidenciado, la parte mas mínima en la fundacion? Pero contra unas verdades tan claras y convincentes opone el autor al número 21 la fria interrogacion entre otras aun menos atendibles: ¿seria bueno que instituido el mejorado por cabeza de una sucesion vincular en defecto de hijos, ú otros legítimos descendientes, hubiese de preferir los hermanos ú otros colaterales á su propio descendiente natural? A que se responde que el mejorado ni prefiere ni puede dejar de preferir sus hermanos legítimos á sus descendientes naturales, porque quien les da esta preferencia es el mejorante con arreglo á la disposicion de la ley.

151 Prosigue el autor su empeño de trastornar los principios mas sentados de jurisprudencia, á fin de dar algun colorido de probabilidad á su opinion, y afirma al número 28 que en el vínculo de la ley 27 de Toro se sucede principalmente al mejorado, y secundariamente al mejorante, lo que dice es contra lo que se observa en los demas vínculos, y en el número 30 sienta que dicha ley, en el órden que estableció de los llamamientos, obró principalmente por consideracion del mejorado y sus descendientes, cuando impone al me-

jorante la rigorosa condicion de que guarde el órden por ella prescripto en los llamamientos.

152 A poco que se reflexione se echará de ver que en esta esposicion comete el autor otros tantos errores como palabras, pues si en los demas vínculos se suceden principal y únicamente al vinculante, ¿qué razon hay para que no suceda otro tanto en el vínculo del tercio, en que concurren las mismas razones que en los demas, para que la sucesion se atribuya al vinculante? Ya hemos visto que el mejorante es el que vincula la mejora, el que hace los llamamientos y el que dispone de sus bienes propios, que son las cualidades que intervienen en los demas vínculos, por lo que parecia debia rejir en este lo que en los otros; pero el autor se propone establecer una opinion que hasta ahora no ha ocurrido á nadie.

153 Suscitan los autores la duda de si en los vínculos ó mayorazgos se sucede *jure hereditario* ó *jure sanguinis*, que es preguntar si cada sucesor recibe el vínculo de su anterior é inmediato poseedor, ó si se entiende que lo recibe directa é inmediatamente del fundador. El señor Molina examina esta duda en el cap. 8.º del lib. 1.º de *primogenitis*, y resuelve con el comun de los autores nacionales que los mayorazgos de España se suceden *jure sanguinis* y no hereditario al fundador por las razones convincentísimas que alega y es ocioso referir; pero hasta ahora no ha habido autor alguno á quien le haya ocurrido poner en duda, y mucho menos afirmar, que en los vínculos fundados del tercio de los bienes de un padre se suceda principalmente al primer llamado ó poseedor, ni *jure hereditario*, ni *jure sanguinis*, y menos principalmente al fundador, por ser notorio é incontestable que ni el primer llamado formó el vínculo, ni los bienes son suyos, ni hace los llamamientos, y de consiguiente no puede nombrar por heredero al que le ha de suceder, ni apartarlo de la sucesion, aun cuando lo privase de su herencia, ni tampoco está obligado el sucesor, ni le es permitido satisfacer las deudas de su antecesor de los bienes del vínculo, cuando todo lo contrario se verifica en el fundador respecto de cada uno de sus sucesores, de cuyas razones se vale el señor Molina, entre otras, para fundar su opinion de que en los mayorazgos de España se sucede al fundador *jure sanguinis* y no *hereditario*.

154 Tan lejos está de que el vínculo ó mayorazgo fundado del tercio se diferencie en este punto de la regla que se observa en los demas, que el mismo señor Molina, aunque admite que en un mayorazgo fundado de toda la herencia suceda el primer poseedor solamente *jure hereditario*, sucediendo los demas *jure sanguinis*, cuando el vínculo se funda de cuota de bienes, cual es el formado del tercio, ó de cosa cierta, afirma al número 10 del capítulo citado que entonces ni aun el primer llamado sucede al fundador *jure hereditario*, sino *jure sanguinis*, como todos los demas sucesores.

155 Vea ahora el autor qué bien viene despues de haber dicho en el número 28 que en los vínculos del tercio se sucede principalmente al mejorado, y secundaria al mejorante, y en los otros mayorazgos se sucede solamente al fundador, la pregunta que hace en tono triunfador: ¿quién es tan ciego que no ve una diferencia tan de bulto?

156 Si el padre es el que forma el vínculo de sus propios bienes, el que hace los llamamientos de sucesion regular, ó de calificada, ó de saltuaria, y el que le da la cualidad de perpetuo ó temporal, y nada de esto hace el mejorado, ¿en qué juicio cabe decir que en esta especie de vínculos se sucede principalmente al mejorado, y no al mejorante ó fundador? No se opone á esto el que se haya de observar el órden prescripto por la ley, pues como se ha dicho arriba, el que el padre esté obligado por la ley á dejar la legítima á cada uno de sus hijos, no impide á que estos se llamen y sean sucesores suyos, del mismo modo que si la herencia se la hubiese dejado cualquier estraño.

157 Tampoco dispone ni arregla la ley cómo se han de hacer los llamamientos, y mucho menos que hayan de ser entre sus descendientes legítimos del mejorado con antelacion á los hermanos del mismo, que es el empeño del autor en todo el cap. 4.º, y en particular en los números 17, 21 y 30, en que se ve confunde la facultad de hacer los llamamientos que la ley deja al arbitrio y voluntad del padre, con la obligacion que le impone de observar el órden que le prescribe y señala en las varias clases de sucesores que forma y distingue á fin de que no pueda pasar á hacer ningun

llamamiento en la segunda clase de sucesores sin haber evacuado antes todas las personas comprendidas en la primera, de forma que le es permitido al padre substituir al mejorado otro hermano suyo en perjuicio de los hijos de aquel, ó formar vínculo de rigorosa agnacion ó de masculinidad entre sus descendientes legítimos con esclusion de las hembras, aunque sean legítimas; pero en defecto de varones deberán ser llamadas estas antes de pasar á hacer llamamientos de los descendientes ilegítimos, que constituyen la segunda clase.

158 Esta esposicion tan clara, sencilla y conforme á las palabras de la ley, manifiesta bastantemente que los legisladores se propusieron seguir en ella la opinion del célebre jurisconsulto Papiniano, inserta en la ley 67, ff. *de legatis* 2.º

159 Se consultó á este jurisconsulto si cuando el testador habia dejado un fideicomiso á su heredero con la condicion y gravámen de que por su muerte lo restituyese á uno de la familia del mismo testador, cumplia el heredero con elegir á cualquiera de la familia, aunque estuviese en grado mas remoto que otro, y responde en el §. 2.º que si habia tres de la familia en iguales ó diversos grados, cumplia con dejar el fideicomiso al que quisiera de ellos.

160 Véase aqui cumplida á la letra la disposicion de la ley civil en la primera parte de la presente ley de Toro. La misma libertad que por la ley civil se concede por el testador al heredero fideicomisario para elegir subcesor en el fideicomiso al que le pareciere de la familia del testador sin distincion de grados, le concede la presente ley al padre, á fin de que en el vínculo que forme del tercio pueda instituir y substituir los descendientes legítimos que le pareciere sin distincion de grado, sexo ni línea, sin otra limitacion que la de que no pase á hacer llamamientos en los ilegítimos sin estar estinguidos los legítimos, porque asi como en el caso de la ley civil cumplia el heredero con la condicion que le impuso el testador de que dejase el fideicomiso á uno de la familia, cuya cualidad se verifica igualmente en la menor ó mayor proximidad de grado, del mismo modo cumple el padre con la condicion que le impuso la presente ley de que la institucion y substituciones del vínculo las hubiese de hacer entre sus descendientes legítimos; y como de esta cualidad participan todos los procreados de legítimo matrimonio, aunque sean de diverso grado, sexo ó línea, se convence que el padre por la disposicion de la ley tiene ámplia facultad para hacer los llamamientos entre cualquiera de estos sin la menor restriccion.

161 Es inútil recurrir á que la ley supone y presume en el mejorado mayor afeccion y predileccion hácia sus descendientes ilegítimos que para sus colaterales legítimos, que es el empeño del autor en todo el cap. 4.º; porque como se ha demostrado arriba, ni el mejorado es dueño de los bienes, ni ha hecho la fundacion del vínculo, ni dispuesto sus llamamientos, ni ha tenido la menor intervencion en la vinculacion; con que es á todas luces claro que ningun influjo ha tenido en ella su mayor afeccion y predileccion hácia sus descendientes naturales que para con sus colaterales legítimos descendientes del fundador; y sino digamos ¿qué afeccion ó predileccion ha dado causa á la institucion del mejorado respecto de sus otros hermanos? ¿Por ventura podrá asignarnos otra el autor, por mas que atormente su imaginacion, que la del mismo mejorante ó fundador? Pues si la de este ha sido la causa única que ha influido para la preferencia que ha obtenido el mejorado en la institucion, ¿en qué juicio cabe pretender que la misma afeccion ó predileccion del mejorante no haya obrado y regido en las substituciones, y se quiera hacerlas depender de afeccion y predileccion del mejorado que se ha tenido meramente pasivo, asi en la vinculacion como en la institucion y substituciones?

162 A lo dicho se aumenta que si el descendiente legítimo del mejorado hubiera de ser preferido á los demas descendientes legítimos del mejorante, quedarian estos absolutamente escluidos de la sucesion, lo que es el mas enorme absurdo que se puede cometer de la esposicion de esta ley, como ya se ha manifestado arriba; y la razon es tan clara como convincente, porque la ley espresamente llama á los descendientes legítimos antes que á los naturales; con que si en aquellos no son comprendidos sino los del mejorante y mejorado copulativamente, es claro que en las palabras de la ley no son comprendidos ni llamados los otros descendientes legítimos del fundador que no lo son del mejorado; se sigue por una consecuencia necesaria que ni antes del ilegítimo ó ilegítimos descendientes del mejora-

do son llamados los descendientes legítimos por otras líneas, y como despues la ley no vuelve á hacer mencion alguna de descendientes legítimos, es forzoso decir que quedan absolutamente escluidos de la sucesion y postergados de consiguiente, no solo á los ascendientes, sino á los colaterales del fundador, y aun hasta á los estraños. Véase á qué desbarros precipita el deseo de singularizarse en las opiniones.

163 No es menos arbitraria, absurda y singular la otra proposicion que he dicho arriba cita el autor en el número 30, donde afirma que la facultad de vincular el tercio de sus bienes que la ley concede al padre lo hace en contemplacion, principalmente del mejorado. Para convencerse del error que envuelve esta opinion basta recordar que ya antes de esta ley le era permitido al padre por la ley del fuero mejorar en el tercio de sus bienes á cualquiera de sus hijos ó descendientes legítimos.

164 Supuesto este derecho incontestable se pregunta al autor si esta facultad se concedió principalmente en beneficio suyo, ó de sus hijos y descendientes, y á pesar suyo se verá precisado á responder que dicha concesion se hizo principalmente en beneficio y consideracion del padre, pues á los hijos y descendientes les era mas útil y provechoso recibir una parte segura del tercio que no quedar espuestos á verse privados de ella en virtud de la mejora que hiciese el padre en uno de llos; si pues la facultad de mejorar se ve que principalmente se concedió al padre en beneficio suyo, y no de sus hijos y descendientes, en quienes podia recaer la mejora, no parece cabe en un juicio sensato poner en duda, y mucho menos negar, que la facultad que la presente ley dispensa al padre de poder vincular y gravar con el cargo de restitucion la mejora no sea en beneficio y contemplacion del mismo padre principalmente, y no de sus hijos y descendientes.

165 Reconoce el autor al número 31 que las mejoras en un principio se introdujeron para ocurrir á la mejor obediencia y obsequio de los hijos para con los padres; pero dice que el órden de los llamamientos que prescribe la ley no puede tener igual objeto, y de consiguiente deben tener distintas consideraciones, y siguiendo su método de suplir con interrogaciones la falta de solidez de sus raciocinios, pregunta ¿qué utilidad puede traer á un padre el que despues de sellada su mejora con el carácter de irrevocabilidad en cabeza del hijo, haya de llamar á su nieto legítimo ó natural, ó á otro hijo hermano del mejorado? A cuya pregunta se responde que la misma utilidad se le sigue al padre en este caso que en el de la mejora sin vinculacion de poder hacerla á un hijo ó á un descendiente del mismo mejorante, y sin embargo reconoce el autor que las mejoras se han introducido principalmente en favor de los padres.

166 Si lo que quiere y pretende decir el autor es que en el sentido compuesto de estar llamado el mejorado para suceder en el vínculo resulta que principalmente se ha hecho en su favor, incurre en el error de confundir la facultad de vincular y hacer los llamamientos que es propia y peculiar del padre con el uso y aplicacion que hace de dicha facultad en favor del mejorado, que es la persona llamada y predilecta entre las demas, lo que no convence con el ejemplo de la facultad de testar que conceden las leyes á los mayores de catorce años: nadie ha puesto en duda hasta ahora que esta facultad se concede principal y primitivamente en contemplacion del que ha de otorgar el testamento, sin embargo de que en virtud del ejercicio de esta facultad el nombrado por heredero consiga el beneficio de adquirir el todo ó parte de la herencia del testador.

167 Aun milita en este caso una razon mas poderosa contra el autor de esta opinion, y consiste en que la facultad de vincular la mejora y hacer los llamamientos es mas útil y ventajosa al padre y menos favorable al mejorado que la facultad que antes le daba la ley del fuero para hacer la mejora sin vinculacion, y no obstante esto reconoce y confiesa el autor, como ya se ha visto, que la facultad de hacer la mejora sin vinculacion se concedió principal y primitivamente en beneficio del padre, y no del mejorado.

168 Que la facultad de vincular y hacer los llamamientos sea mas útil y ventajosa al padre que la de hacer la mejora sin vinculacion, es á todas luces claro y manifiesto, porque en virtud de ella logra perpetuar su memoria con la fundacion de un vínculo destinado á mantener el lustre y esplendor de su familia, y consigue que todos los llamados á la sucesion sean y se tengan como sucesores suyos.

169 Igualmente claro y manifiesto es que la vinculacion de la mejora es menos favorable al mejorado que cuando se le hace la mejora sin vinculacion, porque en este caso se transfiere en él absoluta é irrevocablemente el dominio de los bienes con facultad de disponer de ellos á su voluntad, y en aquel el dominio que se le transfiere es temporal con obligacion de transferir y restituir los bienes al sucesor que le ha señalado el fundador. Si, pues, en el caso de la simple mejora confiesa el autor que la facultad de mejorar se le concede al padre primaria y pricipalmente en contemplacion suya, no cabe poderse afirmar sin rubor que en el caso de la vinculacion la facultad de vincular se haya concedido primaria y principalmente en contemplacion del mejorado, y no del vinculante.

170 Por último, ya que pregunta el autor qué utilidad puede traer á un padre el que despues de sellada su mejora con el carácter de irrevocabilidad en cabeza del hijo haya de llamar á su nieto legítimo ó natural, ó á otro hermano del mejorado, se le hace otra pregunta semejante, y se le dice qué utilidad se le sigue al padre de poder hacer el vínculo del tercio de sucesion regular ó de cualidad, como reconoce tiene facultad para hacerlo, ó de que el vínculo, sea temporal ó perpetuo, segun le concede la ley, y si en estos casos no se puede negar que la facultad de que usa el padre se le concede principalmente en contemplacion suya, tampoco podrá negar ningun hombre sensato, valiéndome de la espresion del autor, que es útil y beneficiosa al padre la facultad de llamar á un nieto legítimo, ó natural suyo, hijo del mejorado, ó á otro hermano de este.

171 Aunque en el mismo capítulo vierte el autor algunas otras proposiciones manifiestamente ilegales y arbitrarias, me abstengo de refutarlas persuadido de que con lo que dejo espuesto se convencerán mis lectores de que la opinion de este autor es una mera paradoja originada del deseo de distinguirse y singularizarse.

172 Véase otro argumento no menos eficaz para rebatir la opinion de este autor. La misma antelacion y preferencia que la ley da á los descendientes legítimos respecto de los naturales, concede tambien á los ascendientes respecto de los colaterales: es asi que por el resúmen que el autor hace de la disposicion de la ley los colaterales no pueden ser admitidos á la sucesion, siempre que haya algun ascendiente del fundador ó mejorado; luego por la misma razon de ser llamados los descendientes ilegítimos despues de los legítimos no podrá ser admitido á la sucesion ninguno de aquellos, siempre que haya ó quede alguno de estos.

173 Aunque este argumento es incontestable por fundarse y deducirse de la misma inteligencia que ha dado el autor á la disposicion de la ley, pondré la observacion siguiente en convencimiento de la misma verdad. Permite la ley que el vinculante pueda poner el gravámen que quisiere en el vínculo del tercio, con tal que sea en favor de alguna de las personas incluidas en la primera graduacion, y en uso de esta facultad se ve con bastante frecuencia que al mejorado se le impone la obligacion de contribuir á alguno de sus hermanos ó sobrinos legítimos con cierta pension anual por la vida del pensionario; y si puede gravar el vínculo el fundador con una parte de sus rentas á favor de los descendientes legítimos colaterales del mejorado, sin contravenir á la disposicion de la ley, no se alcanza cómo no ha de poder gravar igualmente al mejorado con la restitucion del vínculo entero á favor de un colateral suyo descendiente legítimo del fundador, aunque tenga el mejorado descendientes legítimos, asi como no puede disputársele al mejorante la facultad de formar un fideicomiso de la mejora del tercio, atendidas las palabras literales de la ley, con el gravámen de que despues de la vida del mejorado pasase á un hermano suyo ó cualquiera otro descendiente legítimo que especificase el testador.

Ley XXVIII de Toro; es la 12, tít. 6.º, libro 5.º de la Recopilacion.

La ley del fuero que permite que el que tuviere fijo ó descendiente legítimo pueda hacer donacion fasta la quinta parte de sus bienes é no mas, é la otra ley del fuero, que assi mesmo permite, que puedan mandar teniendo fijos, ó descendientes legítimos al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes, se entienda é platique que por virtud de la una ley é de la otra, no pueda mandar el padre ni la madre á ninguno de sus fijos ni descendientes mas de un quinto de sus bienes en vida é en muerte.

COMENTARIO

á la ley 28 de Toro.

1 Dispone y declara la presente ley que sin embargo de que por una del fuero real se le permite al que tuviere hijo ó descendiente legítimo que le pueda hacer donacion hasta la quinta parte de sus bienes y no mas, y por otra del mismo fuero igualmente se permite á los que tengan hijos ó descendientes legítimos el poderlos mandar al tiempo de su muerte la quinta parte de sus bienes; se ha de entender que en virtud de una y otra ley no puede el padre ni la madre mandar á ninguno de sus hijos ni descendientes legítimos mas de un quinto de sus bienes en vida y en muerte.

2 Por la ley 7.ª, tít. 12, lib. 3.º del fuero real se disponia que el que tuviere hijos ó descendientes legítimos no pudiese darles mas de la quinta parte de sus bienes, y si mas les diese que no sea válida la donacion en el esceso de aquella cuota.

3 En la ley 3.ª del mismo título y libro se prevenia que si el marido diese alguna cosa á su muger, ó esta á su marido, antes de tener hijos, y despues les naciese alguno, se revocase la donacion menos en la parte correspondiente al quinto. Estas dos leyes disponian acerca de las donaciones que se hacian entre vivos.

4 La otra ley de que habla la presente es la 9.ª, tít. 5.º, lib. 3.º; prohibia al que tuviese hijos ó descendientes legítimos el dejar en su testamento á ninguno de ellos ó á los estraños mas del quinto de sus bienes.

5 Aunque ya por la ley 26 de Toro estaba espresamente prevenido que si el padre ó la madre en testamento ó por contrato entre vivos hicieren donacion á alguno de sus hijos ó descendientes dicha donacion se contase en el tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, para que ni á él ni á otro alguno pudiesen mejorar en mas de lo que montare el valor del referido tercio y quinto, por cuya disposicion se convencia que á los padres no les era permitido disponer de mas de un tercio y quinto de sus bienes teniendo hijos ó descendientes legítimos, sin embargo para disipar la duda que podria suscitarse de si por esta ley 26 quedaba suficientemente declarado que tanto en vida como en muerte no pudiesen los padres disponer de mas de un quinto de sus bienes respecto de que la ley 26 hablaba del caso en que los padres en testamento ó por contrato entre vivos disponian juntamente del tercio y quinto, cuyo caso parecia ser diferente de cuando se disponia de un quinto en vida y de otro en muerte, que es de lo que hablan las dos leyes referidas del fuero, se creyó conveniente formar la presente ley, por la cual se declarase en términos formales y espresos que en virtud de las dos leyes del fuero no pudiese el padre ó la madre disponer ó mandar á ninguno de sus hijos ó descendientes mas de un quinto de sus bienes, sea en vida ó en muerte.

6 No se debe inferir de la disposicion de esta ley que no le sea permitido al padre ó madre disponer ó mandar á cualquiera de sus hijos ó descendientes legítimos dos quintas partes de sus bienes, bien sea en vida ó en muerte, ó que la una la dé en vida y la otra en muerte, con tal que ademas de ellas no disponga del tercio, y y es la razon porque en tal caso no serian perjudicados los hijos en sus legítimas, que fue lo que quiso precaver, la ley para lo cual debe tenerse presente que la herencia ó sus bienes se dividen por las leyes de Toro en quince partes, señor Covarrubias *de testamentis.* Cap. *Rainaldus* 18, §. 3.º, número 2.º, de las cuales las ocho son legítimas rigorosas de los hijos, y de las otras siete se compone el tercio de las cuatro, el que precisamente se ha de dejar á los hijos ó descendientes legítimos, quedando á la voluntad de los padres la eleccion, y de las tres restantes se forma el quinto, de que tienen libertad de disponer en favor de parientes ó estraños, y como los dos quintos compondrian seis partes de bienes, que es una menos de la que formarian el tercio y cuarto, de aqui es que ningun perjuicio esperimentarian los hijos en su parte legítima de que su padre dispusiera de dos quintos de sus bienes á favor de cualquiera de ellos; pero no debe decirse lo mismo si el padre dispusiere de dos quintos á favor de estraños, porque en tal caso quedarian perjudicados los hijos en un quinto, que son las tres cuartas partes del valor del tercio que debe dejarse á los hijos ó descendientes legítimos.

7 Esta misma causa de que no se perjudique á los hijos en su legítima impide que el padre pueda dejar el tercio y quin-

to á uno de sus hijos y otro quinto, á otro de sus hijos, porque se causaria perjuicio á los herederos en su parte legítima, como se hace demostrable, asi por lo que queda espuesto antecedentemente, como porque la cuota ó porcion destinada por las leyes de Toro para invertirse en pago de la legítima es absoluta y determinada, esto es, la de ocho quindécimas partes de la herencia, sean muchos ó pocos los herederos, aunque la cuota ó parte que á cada uno le corresponda sea respectiva, segun el mayor ó menor número de ellos, y en el caso de que el padre mejorase á un hijo en el tercio y quinto, y á otro en otro quinto, cuyas dos mejoras compondrian diez décimasquintas partes de la herencia, quedaria reducida la cuota restante para invertirse en las legítimas á solas cinco partes, y de consiguiente debiendo ser ocho quindécimas partes, como se ha manifestado, se seguiria que los herederos salian perjudicados en tres quindécimas partes.

8 A pesar de unos principios tan constantes y ciertos, afirma Palacios Ruvios al número 3.º del comentario á esta ley que por ella no se niega que el padre pueda mejorar a un hijo en el tercio y quinto de sus bienes, y á otro en otro quinto, lo que le pareció á Tello tan estraño é impropio que no dudo decir al número 1.º del comentario á esta ley, que si no habia error de imprenta en la asercion de Palacios Ruvios era una necedad su opinion, y lo mismo viene á decir Matienzo en la glosa 3.ª de la misma ley en cuanto á lo infundado que era tal dictámen, y á la verdad admira que un sugeto de la grande instruccion legal de Palacios, y que á mas habia concurrido con sus luces á la formacion de las leyes de Toro, pudiese sacar una consecuencia tan contraria y opuesta á su letra y espíritu.

9 Ni es fácil atribuir este error á yerro de imprenta, porque su proposicion la divide en dos partes, de las cuales en la una dice que no niega la ley que pueda dejarse á un hijo el tercio y quinto, y á otro el otro quinto, y en la segunda da por razon de lo que habia afirmado en la primera que la ley solo prohibe que á un mismo hijo se le den dos quintos y se refiere á lo que estensamente habia notado en las leyes 17 y 19, en las que nada se halla concerniente al punto indicado.

Ley XXIX de Toro; es la 3.ª, tit. 8.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando algun hijo ó hija viniere á heredar ó partir los bienes de su padre, ó de su madre, ó de sus ascendientes, sean obligados ellos é sus herederos á traher á collacion é particion la dote é donacion *propter nuptias* é las otras donaciones que obieren recebido de aquel, cuyos bienes bienen á heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos é descendientes en lo que toca á las donaciones, como las fijas é sus maridos en lo que toca á las dotes; puesto que sea durante el matrimonio á tornar á los otros herederos del testador aquello en que son inofficiosas para que lo partan entre sí. E para se decir la tal dote inofficiosa se mire á lo que escede de su legítima de tercio é quinto de mejoría, en caso que el que la dió podia facer la dicha mejoria cuando fizo la dicha donacion, ó dió la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dió, ó prometió la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fue constituida, ó mandada, ó al tiempo de la muerte del que dió la dicha dote, ó la prometió, do mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida, ó mandada. Pero las otras donaciones que se ficieren á los fijos, mandamos que para se decir inofficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.

COMENTARIO

á la Ley 29 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando algun hijo ó hija viniere á partir la herencia de sus padres ó de sus ascendientes esten obligados á traer á colacion ellos ó sus herederos la dote y donacion *propter nuptias*, y otras donaciones que hubiesen recibido de ellos, á no ser que se quieran abstener de la herencia, que podrán hacerlo con tal que la dote y donaciones no sean inoficiosas, que en tal caso estarán obligados, asi los hijos como los descendientes, y sus herederos por lo que toca á las donaciones, como las hijas y sus maridos en lo que pertenece á las dotes, aunque sea constante el matrimonio, á volver á los otros herederos

del testador aquel tanto en que fueron inoficiosas, y declara que para que la dote se tenga por inoficiosa se atienda á lo que escede de su legítima y del tercio y quinto de mejora, caso que el que la dió podia hacerla cuando constituyó la dote, ó hizo la donacion, teniendo consideracion al valor de los bienes del que la dió ó prometió al tiempo que la dicha dote fue dada ó prometida, ó al que tenia al tiempo de su muerte, como mas quisiere escoger aquel á quien se mandó ó prometió la espresada dote; pero en las otras donaciones que se hacen á los hijos ordena que para que se digan inoficiosas se haya de atender á lo que los bienes del donador valian al tiempo de su muerte.

2 Esta ley es la primera que directamente y en términos espresos impone á los hijos la obligacion de traer á colacion los bienes donados por sus padres. Como esta materia, á semejanza de otras, trae su orígen del derecho romano, no he creido fuera de propósito, antes sí muy conducente para la mayor ilustracion de la presente ley, detenerme á dar una breve y suscinta noticia de la colacion, su orígen, progresos y estado que le dieron las últimas disposiciones del Emperador Justiniano.

3 La colacion la definen comunmente los autores, diciendo que es la acumulacion de una cosa propia á la herencia comun; pero Vinnio en el tratado que escribió de esta materia, y á que me refiero en las citas que haga en lo sucesivo, da á la colacion una definicion algo mas estensa, y dice que es la acumulacion de los bienes donados en vida por el padre á sus hijos, como los hijos á la herencia comun al tiempo de dividirla, bien se hayan donado por alguna causa, ó con la condicion de traerlos á colacion.

4 Aunque tengo esta definicion ó descripcion por la mas propia y adecuada de las que he visto, sin embargo echo de menos la espresion de que los bienes que se han de colacionar han de ser del dominio del que los trae al acervo comun de la herencia.

5 La causa impulsiva de la colacion fue el beneficio ó favor que dispensó el pretor á los hijos emancipados, á fin de que en el caso de ser preteridos por sus padres pudiesen pedir y obtener la posesion de los bienes *contra tabulas*, esto es, contra el testamento paterno. Como por la emancipacion salian los hijos de la patria potestad, y se hacian *sui juris*, ó padres de familias, no estaban obligados los padres á instituirlos por herederos, á causa de que por derecho civil solo los hijos que permanecian en la patria potestad eran herederos suyos, y necesarios de los bienes del padre.

6 Admitidos los emancipados por el pretor á la posesion de los bienes contra el testamento, que en realidad no es otra cosa que la herencia pretoria, esperimentaban los hijos de familia dos perjuicios, á saber; uno, que concurriendo los emancipados á la division de los bienes de su padre, se disminuía á los hijos que habian estado en la patria potestad aquella parte que se llevaban los emancipados, y habria quedado para ellos si hubieran sido solos para la particion; otro perjuicio era, que adquiriendo para sí, y haciendo suyo los emancipados cuanto ganaban con su industria y facultades, y por el contrario cuanto adquirian los hijos de familia haciéndose del padre, escepto el peculio castrense y cuasi castrense, venian los emancipados á participar no solo de los bienes que habia adquirido el padre por sí, sino tambien de los que habian lucrado y conseguido por medio de sus hijos.

7 Para remediar estos perjuicios dispuso el pretor que los emancipados que quisiesen aprovecharse del beneficio de la posesion de los bienes *contra tabulas* ó testamento, y participar de los bienes paternos, trajesen á la herencia ó acervo comun todos aquellos bienes que habrian adquirido para su padre, si hubieran permanecido en la patria potestad, pues como dice Ulpiano en la ley 1.ª, ff. *de collationibus*, es cosa muy justa que traigan á colacion sus bienes propios los que desean tener parte en los de su padre.

8 Supuesto que solo los emancipados estaban obligados á traer á colacion sus bienes, cuando querian participar de la herencia paterna, era consiguiente que solo colacionasen con los hijos que estaban en la potestad, porque como á estos era á quienes se perjudicaba en parte con la posesion de los bienes *contra tabulas*, con ellos solos debian colacionar sus bienes los emancipados, y asi es máxima y regla comun en la materia que no se colacione con otros que con aquellos á quienes se perjudica en la herencia, y que solo vengan á colacionar aquellos que causan perjuicio á otros dis-

minuyendo la parte de herencia que les habia de caber.

9 De este principio se sigue que los emancipados no colacionan entre sí, ni tampoco los hijos que estan en la potestad con sus hermanos que se hallan en el mismo caso. Cuando dos emancipados tienen que colacionar sus bienes con un hijo que está en la potestad ó al revés, si uno es el emancipado y dos los que estan en la potestad, señala la ley 1.ª, ff. *de collationibus*, §. 24, el modo con que se ha de hacer la colacion, para que cada uno de los emancipados colacione con el que está en la potestad, sin que trascienda ó participe de la colacion el otro emancipado.

10 La razon por qué los hijos que estan en la potestad ni colacionan entre sí ni con los emancipados, se funda en que cuando suceden abintestato á su padre, los hijos que estan en la potestad ningun perjuicio sufren, porque todos suceden por iguales partes en la herencia paterna en virtud de la ley de las doce tablas; no colacionan con los emancipados, porque el gravámen de la colacion no se impuso á los que estaban en la potestad, sino á los emancipados, para disminuir el perjuicio que causaban á aquellos, pero posteriormente se hizo mutua la colacion, estendiéndose á los hijos que estaban en la potestad para colacionar entre sí ó con los emancipados.

11 El Emperador Antonino Pio estableció en primer lugar que la hija de familias trajese á colacion la dote que su padre le habia dado ó prometido segun la ley 19, ff. *de dotis collatione.* A semejanza de la dote dispuso lo mismo el Emperador Leon en la donacion *propter nuptias*, ley 17, códice *de collationibus*, y este mismo Emperador impuso general é indistintamente á todos los hijos emancipados, ó constituidos en la patria potestad, la obligacion de traer á colacion todos los bienes que hubiesen recibido, ya fuesen de su padre, de su madre ó de sus ascendientes paternos ó maternos en la citada ley 17, y por último el Emperador Justiniano en la ley 19 del mismo título dispuso por punto general que los nietos que sucedian abintestato á su abuelo ó abuela no tan solamente colacionasen entre sí, sino con sus tios y tias, y abuelos del difunto, y con los hijos y coherederos suyos y estos con ellos.

12 Hasta los tiempos del Emperador Justiniano la colacion solo habia tenido lugar en la sucesion intestada, que era cuando se rescindia el testamento del padre por la posesion de los bienes *contra tabulas* que concedia el pretor á los emancipados preteridos, ó cuando por haber muerto intestado llamaba el pretor á la posesion de los bienes á todos los hijos naturales tanto en la potestad, como á los emancipados, con tal que no estuvieran adoptados, cuya sucesion se llamaba *ex capite unde liberi*; pero este Emperador dispuso con el fin de que se guardase entera igualdad entre los hijos, que estos aun en el caso que el padre hubiera hecho testamento y los hubiera instituido por herederos, trajesen á colacion sus bienes en el modo y forma que lo harian si sucedieran abintestato, á no ser que el testador espresamente hubiera remitido ó prohibido la colacion, segun el capítulo 6 º, novela 18, de donde se sacó la auténtica *ex testamento*, capítulo *de collationibus*.

13 Desde esta época se atendió mas á la voluntad de los padres, y se presumió que en caso de duda su mente era que se trajesen los bienes á colacion, á fin de que se guardase entre los hijos la igualdad y concordia, á no ser que con palabras espresas ó equivalentes diese á entender, ó se presumiese queria que uno de sus hijos tuviese mas partes en la herencia que los otros.

14 Habiendo manifestado las personas que estaban obligadas á traer á colacion los bienes donados, es consiguiente tratar de la clase y cualidades de estos. Es regla inconcusa en la presente materia que los hijos emancipados deben traer á colacion todos aquellos bienes, cuyo dominio hubieran adquirido para su padre si hubieran permanecido en su potestad; segun esta regla estaban exentos de traer á colacion el peculio castrense y cuasi castrense, y solo se limitaba la colacion al peculio adventicio y profecticio. Es de notar aqui, segun observa Vinnio en el capítulo 10 del presente tratado, que el nombre de peculio no corresponde propiamente á los bienes que tienen los hijos que estan fuera de la patria potestad, pero sin embargo en la presente materia se hace preciso para la mayor claridad usar de dicha palabra en un sentido impropio.

15 Supuestos estos antecedentes era consiguiente decir que los emancipados estaban obligados á traer á colacion el pe-

culio adventicio y profecticio, porque uno y otro lo habrian adquirido para su padre, si hubieran permanecido en la patria potestad; pero despues que por las constituciones de los Emperadores romanos, y últimamente por la de Justiniano en la ley última, C. *h. t.*, se concedió á los hijos de familia que adquiriesen para sí el dominio y propiedad del peculio adventicio, quedó este exento y libre del gravámen de la colacion, por igual razon que lo estaban el peculio castrense y cuasi castrense.

16 Escluido el peculio adventicio de la colacion, quedaba esta reducida únicamente al peculio profecticio. Se comprenden en este nombre todos aquellos bienes que hayan provenido de aquel de cuya herencia se trata, bien sea padre ó madre, abuelo paterno ó materno, ó abuela igualmente paterna ó materna.

17 Como la dote que se daba á la hija por cualquiera de las personas espresadas estaba comprendida en el peculio profecticio, tenia obligacion de traerla á colacion, no solo cuando estaba emancipada, sino tambien cuando permanecia bajo la patria potestad, sin embargo de que el gravámen de la colacion solo se imponia por el pretor á los emancipados que usaban del beneficio de la posesion de los bienes *contra tabulas*; esta obligacion de colacionar la dote profecticia se le impuso á la hija de familias por las constituciones de los Emperadores Antonino Pio, en la ley 1.ª, ff. *de dotis collatione*, por Gordiano en la ley 4.ª, C. *de collationibus*, y por Diocleciano en la 12 del mismo título, con la diferencia, que cuando la colacion se habia de hacer con los hermanos que permanecian en la potestad, debia colacionarse la dote, aunque fuese adventicia; pero si la colacion era con los emancipados no estaba obligada á traer á colacion la dote adventicia, sino únicamente la profecticia, como se echa de ver en la citada ley 4.ª

18 A imitacion de la dote estableció el Emperador Leon I la obligacion de traer á colacion la donacion *propter nuptias* para mantener y conservar la igualdad entre los hijos, y estendió el gravámen de la colacion á la línea materna, comprendiendo á todos los hijos, bien fuesen emancipados ó constituidos en la patria potestad, y quiso que tanto en el caso en que concurriesen á la division de la herencia los emancipados entre sí, y los constituidos en la patria potestad tambien entre sí, ó mezclados los unos con los otros tuviese lugar la colacion, de forma que en lo sucesivo quedaron sujetos á colacion todos los bienes comprendidos en el peculio profecticio entre cualquiera clase de hijos, y se tuvo por peculio profecticio no solo los bienes que obtenia el hijo de su padre, sino tambien los que provienen de su madre cuando se trataba de la sucesion de esta, pues en materia de colaciones se llaman profecticios respecto de los hijos todos los bienes que provienen de aquel de cuya herencia se trata, bien sean paternos ó maternos, como todo lo dicho consta de la ley 17 y última del citado título, con tal que los espresados bienes los hayan adquirido los hijos en vida de sus padres respectivos.

19 Supuesto se ha manifestado que todo cuanto los padres dan en vida á sus hijos está sujeto á colacion, no me detengo á referir cada una de las especies ó géneros de bienes que deben colacionarse, contentándome con remitir al que desee instruirse en este punto al capítulo 13 y 14 del tratado de colaciones de Vinnio.

20 Disputan con mucho empeño los espositores del derecho civil, si la donacion simple que el padre hace á su hijo, bien sea emancipado ó esté en la patria potestad, está sujeta á colacion por derecho civil, y para proceder con la debida claridad hablaré con separacion de los dos casos; y contrayéndome al segundo del hijo que está en la potestad, digo que la donacion simple es aquella que se hace por mera liberalidad, y no está sujeto este hijo á traerla á colacion.

21 Estan terminantes en este punto la ley 2.ª, C. *de inofficiosis donationibus*, y la 18, C. *familiæ erciscendæ*. En la primera resuelven Valeriano y Galiano que si el padre llevado del ímpetu de su liberalidad hiciese al hijo que tenia en su potestad una donacion de todos sus bienes, el arbitrio que ejerce el oficio *familiæ erciscendæ* cuide de dar á los demas hijos la cuarta parte de la porcion debida abintestato. En la segunda confirmaron esta misma resolucion Diocleciano y Maximiliano en la persona de una hija, en cuyo nombre el padre habia comprado varias cosas, las que mandan se le adjudiquen íntegramente en la division de la herencia, si el padre no ha variado su primera voluntad, de forma que por el mismo hecho de no

revocar semejantes donaciones se entienden confirmadas por el silencio del donador llegando este á morir, y asi lo declaró Justiniano en la ley 25, C. *de donationibus inter virum et uxorem*.

22 Tiene alguna oposicion con lo que se ha dicho la ley 13, C. *de collationibus*, en que se resuelve que si el padre da á un hijo un fundo no puede pretender que en el juicio *familiæ erciscendæ*, cuando sucede con la hermana, se lo adjudiquen íntegramente. Pero como esta ley es del mismo legislador que la 18 citada, y en esta se diga que cuando el padre da algo á su hija se le adjudique íntegramente en el juicio *familiæ erciscendæ*, sin que se confiera si hasta la muerte persevera en la misma voluntad, se infiere que la ley 13 habla del caso en que el padre ha desistido de su primera voluntad. Asi concilian estas leyes Cujacio en el Comentario á este título, C. cerca del fin, y Vinnio en el tratado *de collationibus*, cap. 15, número 8.º y siguientes.

23 No se opone á esto el que la donacion hecha por el padre al hijo de familias sea inútil por no poderla adquirir, pues aunque es verdad que por derecho antiguo ni aun se confirmaba con la muerte del padre, ley 1.ª, §. 1.º, ff. *pro donato*, sino que ademas se requiriese que persevere el padre en la misma voluntad y que venga el hijo al juicio *familiæ erciscendæ*, ley 18, C. *de familiæ erciscendæ*; pero por la ley 25, C. *de donationibus inter virum et uxorem*, quedó corregido el derecho antiguo en esta parte, confirmándose con la muerte dicha donacion.

24 Tambien se hace preciso advertir que aunque por la ley 25 citada de tal modo se confirma la donacion simple por la muerte del donador, que se retrotraiga al tiempo que fue hecha, no por esto se sigue que se debe traer á colacion, como bienes que se consideran tenia el donatario en vida del donador ó testador, porque por el mismo hecho de confirmarse la espresada donacion por la muerte, conserva la naturaleza de última voluntad, de quien es propio el no traerse á colacion, porque se adquieren despues de la muerte del testador, ley 10, 12, 16, *h. t.*, y las cosas que se traen á colacion deben haber sido del que las confiere antes de la muerte de aquel de cuya herencia se trata, ley 1.ª, §. 19, y ley 11, ff. *de collatione*.

25 Si el hijo de familias no está obligado á traer á colacion la donacion simple que ha recibido de su padre, como se ha manifestado, con mayor razon se deberá decir que no tiene precision de colacionar la donacion simple, que le haya hecho su madre ó sus parientes maternos, á escepcion de los dos casos comprendidos en la ley penúltima, C. *h. t.*, de que hablaré despues.

26 En cuanto al primer caso, que es del hijo emancipado, se debe tambien decir que está exento de traer á colacion la donacion simple que le haya hecho su padre: en la ley 2.ª, C. *de inofficiosis donationibus*, despues de proponerse el caso de que un padre habia dado todo su patrimonio á uno de sus hijos, se pregunta cómo deberá el hijo donatario dividir la herencia con su hermana; y se resuelve con la siguiente distincion, que si el hijo estaba bajo la patria potestad, debia percibir la hermana la cuarta parte de la porcion debida abintestato, en virtud del juicio *familiæ erciscendæ*; si habia salido de la patria potestad el hijo donatario, se habia de socorrer á la hermana con la querella *inofficiosæ donationis*, por la cual se revocaría la donacion á semejanza de lo que sucede por la querella *inofficiosi testamenti*, y conseguiria la hija su legítima íntegra.

27 Ya se ha dicho en otro lugar, que antes era la legítima de los hijos la cuarta parte de la porcion hereditaria debida abintestato, segun la ley 6.ª y 8.ª, C. *de inofficioso testamento*, ff. *nono*, FF. *eodem*. Posteriormente estableció el Emperador Justiniano que la porcion que antes era la cuarta parte de la herencia fuese despues la tercera parte en esta forma: "Si los hijos no pasaban de cuatro, se dividiese entre ellos por iguales partes el As ó la herencia, esto es, cuatro partes de doce de los bienes del finado, y si pasaban de este número los hijos, percibiesen la mitad de los bienes hereditarios." Segun se ordena en la novela 18, capít. 1.º, de donde se sacó la auténtica *novissima* C. *de inofficioso testamento*. La misma division de partes entre los hijos por razon de legítima quiso se observase la ley 17, tít. 1.º, partida 6.ª

28 De la decision de esta ley se convence que en ninguno de los dos casos de que habla, tiene lugar la colacion de la donacion simple, pues en uno y otro no consigue la hija mas porcion de los bienes de su padre que la que le corresponde por su

legítima. La ley penúltima, C. *h. t.*, que es la que puso el sello, tratando de los casos en que debe traerse á colacion la donacion simple, solo especifica dos comprensivos de los emancipados y de los que estan en la patria potestad, pues habla de los hijos en general sin distincion de cualidades.

29 Antonio Gomez en el número 26 del Comentario á esta ley, refiere contra esta opinion las palabras de la ley 17, C. *h. t.*, las que no se deben entender de la donacion simple que se hace al hijo ó emancipado, sino de la donacion *ob causam* en el hecho de la emancipacion, asi como las palabras del capít. 6.º de la novela 18 deben entenderse del mismo género de donacion, porque á no ser asi se verian precisados á confesar los autores de la contraria opinion que la donacion simple, tanto en el hijo de familias como en el emancipado, está sujeta á colacion.

30 He dicho que la ley penúltima C. *h. t.* puso el sello en la materia por haber sido la última en que el Emperador Justiniano trató de la colacion. Hablando en ella del caso de que algun hijo ó hija hubiere recibido de su padre ó madre dote ó donacion *propter nuptias*, que estaba precisado á traer á colacion, y otro hijo no hubiese recibido dote ó donacion *propter nuptias*, sino únicamente una donacion simple, á fin de evitar la injusticia de la desigualdad que resultaria de que el hijo ó hija que hubieran recibido la dote ó donacion *propter nuptias* estuvieran precisados á traerla á colacion, y el que solo hubiese recibido la donacion simple no tuviera la misma obligacion, dispuso y ordenó que en el caso espresado, asi como estaba obligado el hijo ó hija que recibió la dote ó donacion *propter nuptias* á traerla á colacion, lo estuviese tambien el que solo habia recibido la donacion simple, y previene que no se le admita la escusa ó escepcion de que la donacion simple no se trae á colacion, sino cuando el donador impuso esta obligacion al donatario al tiempo de hacerle la donacion.

31 De la disposicion de esta ley se infiere con toda claridad, que en el caso de que habla no se traía á colacion la donacion simple, pues de otro modo hubiera estado por demas la declaracion de Justiniano. Tambien se deduce con la misma ó mayor claridad que antes de la promulgacion de la citada ley solo se traía á colacion la donacion simple, cuando el donador le imponia este gravámen al tiempo de hacerla: por todo lo cual se convence hasta la evidencia que segun la disposicion del Emperador Justiniano, solo en dos casos está sujeta á colacion la donacion simple: á saber, cuando le impone esta obligacion el donador al donatario, ó cuando este ha de concurrir á la division de la herencia con el que traiga á colacion la dote ó donacion *propter nuptias*; y como la ley no distingue entre hijos emancipados y constituidos en la patria potestad, es mas que claro que su decision comprende á unos y á otros.

32 Nuestro derecho real de partidas se conformó con la resolucion que habia dado el Emperador Justiniano en cuanto á la colacion de la donacion simple, pues en la ley 4.ª, tít. 15, partida 6.ª, se dispone que la donacion simple hecha al hijo de familias sea válida, si el padre no la revoca hasta su muerte, y le quede al hijo libre y quieta sin que se la puedan contar en la particion sus hermanos, á no ser que el padre hubiese dado alguna cosa en casamiento á sus otros hijos, porque en tal caso, si el que recibió la donacion simple quisiese contar á los otros hermanos las donaciones que habian recibido por razon de casamiento, debe traer á particion la donacion que el padre le hizo, y dice que esto es para que se guarde igualdad entre los hermanos.

33 Es cierto que la ley 3.ª, título 4.º, partida 5.ª, ordena en términos espresos que la donacion simple que el padre hace á su hijo no es válida, y estará obligado á traerla á colacion en la particion con sus hermanos á la muerte de su padre, ó recibirla en parte de lo que habia de haber de la herencia, de forma que cada uno de sus hermanos llevase otro tanto como importaba la donacion. Comentando esta ley el señor Gregorio Lopez, dice en la glosa 3.ª que se debe entender su disposicion con arreglo á lo que ordenó la citada ley 4.ª, que es decir que cuando la ley 3.ª dispone que la donacion simple que el padre hace á su hijo no seria válida, y por lo tanto deberá traerla á colacion ó imputársele en la legítima, se ha de entender del caso que el padre revoca esta donacion antes de su muerte; pero sea lo que quiera de esta conciliacion, lo cierto es que por la ley 17 de Toro la donacion que el padre hace á

su hijo, aunque esté en la patria potestad, no solo es válida y subsistente, sino que se hace irrevocable por los modos que la misma ley espresa.

34 En cuanto á si la donacion simple está ó no sujeta á colacion por las leyes de Toro, ya indiqué alguna cosa en el Comentario á la ley 26, que espresamente no habla de esta especie de donaciones; pero mas por estenso manifestaré el diverso sentido en que debe tomarse la colacion por las leyes de Toro cuando trate directamente de la esposicion de la presente ley 29.

35 Antes de esponer la decision de la presente ley, conviene notar y manifestar la diferencia que media entre la colacion ó imputacion en la legítima, que comunmente las confunden los que hablan con poca exactitud y precision. Se ha dicho ya siguiendo á Vinnio que la colacion es la acomulacion de los bienes donados en vida por el padre á sus hijos en concepto de tales á la herencia comun al tiempo de dividirla, bien se hayan donado por alguna causa ó con la condicion de traerlos á colacion.

36 La imputacion en la legítima es el derecho ó accion que le compete al hijo que ha recibido una porcion menor que la de su legítima para pedir que se le supla y complete lo que le falta, tomando en cuenta lo que el padre le habia dejado por su testamento.

37 Se diferencian la imputacion y la colacion no solo en sus efectos sino en su causa y orígen. Ya se ha dicho que la colacion se introdujo para remediar y precaver el agravio é injuria que recibian los hijos que estaban en la potestad, de los emancipados, cuando venian estos á dividir la herencia de sus padres en virtud de la posesion de los bienes *contra tabulas*, que les daba el pretor. La causa de la imputacion no tanto obra en beneficio de los hijos como de los padres, pues en realidad se dirije á mantener y conservar el testamento de estos, sin que puedan los hijos que se les ha dejado alguna cosa menor que la legítima reincidirlo en virtud de la querella de *inofficioso testamento.* He dicho que la imputacion no tanto cede en beneficio de los hijos como de los padres, porque usando aquellos del remedio de la querella de *inofficioso testamento*, conseguirian igualmente el todo de su legítima por medio de la imputacion.

38 Los efectos de esta son conservar y mantener los testamentos de los padres sin perjuicio de las legítimas de los hijos, de que se infiere que la imputacion solo puede tener lugar en la sucesion ex testamento. Antes de la novela 115, capít. 3.º, 4.º y 5.º, bastaba para que los hijos no pudiesen usar de la querella de *inofficioso testamento* el que los padres les hubiesen dejado alguna cosa, por cualquier título que fuese, como se convence del §. 3.º y 6.º de las *institut. de inofficioso testamento*; pero despues dispuso Justiniano por la espresada novela que la porcion que los padres dejasen á sus hijos habia de ser por título de herencia para libertarse de la querella de *inofficioso testamento*, de forma que ya no basta el dejarles legados, fideicomisos, donaciones *mortis causa*, ó de las otras de que habla el citado §. 6.º de las Instituciones, sino que única y precisamente ha de ser con título de herederos.

39 Los efectos de la colacion son, como se ha dicho, impedir la injuria y perjuicio que los hijos emancipados causaban á los que estaban en la potestad, cuando venian á dividir la herencia de sus padres en virtud de la posesion de los bienes *contra tabulas* que les daba el pretor, y posteriormente por las constituciones de los Príncipes los efectos de la colacion se dirijieron á establecer la igualdad en la division que habian de hacer los hijos de los bienes del padre. Como por la posesion de los bienes *contra tabulas* que daba el pretor á los emancipados se rescindia el testamento, se seguia por una consecuencia que la colacion solo tenia lugar en la sucesion abintestato; pero posteriormente por el capít. 6.º de la novela 18 dispuso Justiniano que en la sucesion ex testamento tambien pudiese usarse de la colacion. Esta no tenia lugar cuando los hijos sucedian con herederos estraños á diferencia de la imputacion, que aun en este caso era admitida para conservar íntegra la legítima de los hijos. Aun hay otra diferencia muy notable entre la colacion y la imputacion, reducida á que todas las cosas que se imputan en la legítima se colacionan, pero no todas las que se colacionan se imputan en la legítima, de cuya diferencia conviene hablar con alguna detencion.

40 En la citada ley 20 declaró Justiniano que solamente se imputan en lo legítima aquellas cosas que especial y lite-

ralmente se espresan por las leyes, y son, segun Cujacio en el tomo 1.º de sus obras, *consult.* 24 *de imputatione*, la herencia, los legados, fideicomisos, la donacion *mortis causa*, la dote y donacion *propter nuptias*, el caso ú oficio de la milicia comprada con dinero del padre, y por último la donacion entre vivos hecha con la condicion de que se impute en la legítima, segun se deduce de las leyes 29, 30 y 35, C. *de inofficioso testamento*, y de la 8.ª y 25, ff. del mismo título.

41 En el espresado lugar advierte oportunamente Cujacio que la donacion que el padre hace al hijo en contemplacion del matrimonio no se imputa en la legítima, porque no hay ley que lo prevenga, de cuya advertencia se infiere que las leyes que disponen qne la donacion *propter nuptias* se impute en la legítima, se deben entender de aquella donacion que el esposo daba á la esposa en seguridad de la dote, de que habla el §. 3.º, *Institut. de donationibus*.

42 Establece el Emperador Justiniano en la misma ley por regla general que todas aquellas cosas que se imputan en la legítima en la sucesion, que por la accion de *inofficioso testamento* se reduciria á intestada, se confieran y traigan á colacion los que vengan á la division de la herencia de aquel que ha muerto sin testamento, y declara que esta regla de que todas las cosas que se imputan en la legítima se confieran en la sucesion intestada, no rige al contrario, de forma que se pueda decir que todas las cosas que se confieren se imputan en la legítima.

43 La dificultad que ofrece esta resolucion de Justiniano consiste en que las cosas que se imputan en la legítima por lo comun son aquellas que se adquieren por los hijos, como son la herencia, legados, fideicomisos y donaciones *mortis causa*, segun se deduce del §. 3.º y 6.º, *Institut. de inofficioso testamento*, y de la ley 30, C. del mismo título, y las de esta especie nunca se traen á colacion con arreglo á lo que disponen las leyes 10, 12 y 16, C. *de collationibus*, de que se infiere que la regla general establecida por Justiniano en dicha ley 20, de que todas las cosas que se imputan en la legítima se traen á colacion, es absolutamente falsa.

44 Haciéndose cargo de esta dificultad Antonio Gomez en el número 39 del Comentario á esta ley, dice que la regla establecida por Justiniano debe entenderse cuando nada se disponia acerca de la colacion, pero no cuando espresamente se manda que no se traigan á colacion, cuya esposicion la considero muy general é indefinida, y de consiguiente poco oportuna para el intento.

45 Mas fundada y concreta es la esposicion que hace Cujacio en el Comentario á las leyes del título del código *de collationibus*, especialmente en las dos últimas columnas, Antonio Perez en el mismo título número 14, y Vinnio en su tratado *de collationibus*, cap. 14, y con areglo á la doctrina de estos autores digo: es incuestionable que lo que el padre deja al hijo en su testamento, bien sea como heredero, legatario, fideicomisario ó donatario *mortis causa*, se le imputa en la legítima para impedir pueda usar de la querella *de inofficioso testamento*, y que ninguna de estas cosas pueden traerse á colacion por ser regla general y constante, que escluye toda escepcion, que las cosas que se traen á colacion han de haber sido del hijo en vida ó antes de la muerte del padre, como se convence de la definicion que se ha hecho de la colacion anteriormente, y de la que propone Cujacio al principio del comentario que se ha citado, donde dice que la colacion es conmistion ó confusion de los bienes del padre con los propios que se hace entre los hermanos abintestato para que lo repartan entre sí por iguales partes.

46 Supuesto, pues, que la regla establecida por Justiniano no puede entenderse de las cosas que el hijo adquiere por la muerte del padre, como son las que se han espresado, resta averiguar qué otras cosas hay que se imputan en la legítima ademas de las referidas, para inferir si debe limitarse á estas únicamente la regla de Justiniano.

47 Se imputa en la legítima la donacion simple si al tiempo de hacerse se impone este gravámen por el padre, como lo dispone la ley 25, ff. *de inofficioso testamento*, y la 35, C. del mismo título, porque de otro modo, segun afirma Cujacio, la donacion simple no se imputa en la legítima, y da la razon por qué salió del dominio del padre antes que muriese, y á los hijos solo se les debe la legítima de aquellos bienes que fueron y quedaron del padre al tiempo de su muerte, como se dispone en la ley 6.ª, C. *de inofficioso testamento*.

48 Se imputan tambien en la legítima la dote y donacion *propter nuptias*, segun la ley 29, C. del mismo título, debiéndose advertir que antes no se imputaban por la misma razon que se ha dicho en la donacion simple, esto es, porque habian salido del dominio del padre antes de su muerte; y pasando Cujacio á manifestar la razon por qué ahora se imputan en la legítima estas dos especies de donaciones, dice que es porque siempre se presume que el padre da la dote y donacion *propter nuptias* con el ánimo é intencion de que se imputen en la legítima como si fueran donaciones *mortis causa*, segun la ley 3.ª, §. último, ff. *de bonis libert.* Tambien se imputa en la legítima el oficio de la milicia comprado con el dinero del padre, segun la ley 30, C. *de inofficioso testamento*, y la 20, C. *de collationibus.*

49 Todas estas cosas sin embargo de haberse adquirido en vida del padre se imputan en la legítima por leyes especiales, como se ha visto, y á ellas debe limitarse y reducirse la regla establecida por Justiniano de que todo lo que se imputa en la legítima se traiga á colacion, que fue lo mismo que decir, segun esplica Vinnio en el lugar citado, que todas aquellas cosas que reciben los hijos en vida de sus padres y se imputan en la legítima, bien sea por espreso mandato de los mismos, ó por disposicion de las leyes para impedir que se rescindan los testamentos por la querella *inofficiosi*, estas mismas se traigan á colacion en los casos de la sucesion intestada.

50 En la misma ley advierte Justiniano que la regla establecida de que todo lo que se computa en la legitima se traiga á colacion, no rige vice versa, ó al contrario, que todo lo que se colaciona se impute en la legítima: en prueba de esta verdad observa Cujacio que la donacion simple, aunque se trae á colacion, segun la espresada ley 20, en el caso que el donatario concurre á la herencia con sus hermanos que colacionan la dote ó donacion *propter nuptias*, no se imputa en la legítima, porque no hay ley que lo disponga, y en confirmacion nota que los emancipados traen á colacion los bienes propios, pero nunca se les imputa en la legítima. No debe inferirse por esto que la donacion simple en ningun caso se imputa en la legítima, pues ya se ha dicho antes, y repito ahora, que siempre que al tiempo de hacerse la donacion se le imponga el gravámen de la imputacion, esta sujeta á él, porque en tal caso la imputacion proviene *ex voluntate hominis*, y no *ex dispositione legis*; y como cuando se trae á colacion la donacion simple en el caso que se ha espresado con el fin de mantener la igualdad entre los hijos es en virtud de la espresada ley 20, y no se halla ninguna otra ley que espresamente ordene que la donacion simple se impute en la legítima, se convênce con la mayor claridad que no todo lo que se colaciona se imputa en la legítima, que es lo que habia dicho Justiniano.

51 Me he detenido á hacer esta circunstanciada esposicion de la naturaleza y propiedades de la colacion, segun los principios del derecho romano, no con el fin de que sirva de regla y norma para la colacion que se practica y observa en virtud de las leyes de Toro, sino antes bien para que mas claramente se note y advierta la gran diferencia que media entre una y otra, y por falta de esta observacion han incurrido nuestros autores nacionales en notables defectos.

52 He dicho que la colacion se introdujo por derecho romano para precaver y remediar el agravio que se hacia á los hijos que estaban en la potestad cuando los emancipados venian á dividir la herencia de sus padres en virtud de la posesion *contra tabulas*, que les daba el pretor; y posteriormente se estendió la colacion á mantener y conservar la igualdad entre los hijos en el modo y forma que dejo espresada, y por último la estendió Justiniano con el fin de conservar la misma igualdad á la sucesion ex testamento, disponiendo que en todos los casos en que era necesaria la colacion en la sucesion intestada lo fuese tambien en la sucesion ex testamento, siempre que el testador no dispusiese lo contrario.

53 Por derecho real la colacion no se admitió para remediar la injuria que los hijos emancipados causaban á los que estaban en la potestad viniendo á dividir la herencia en virtud de la posesion de los bienes *contra tabulas*, porque las leyes de Toro, y aun las de las partidas, llaman igualmente á la sucesion á los hijos emancipados que á los que estan en la posesion, como se echa de ver en la ley 3.ª, tít. 7.º, partida 6.ª, en que se ordena que del mismo modo é igual espresion debe desheredar el padre al hijo emancipado que al que es-

tá en la patria potestad; pero mas clara y espresamente se ve establecida en las leyes de Toro la igualdad entre los hijos emancipados y los que estan en la potestad para suceder en la herencia de sus padres.

54 En la ley 6.ª de Toro se ordena que los ascendientes legítimos sean tan legítimos herederos como sus descendientes lo son de ellos, de cuya espresion se convence que todos los descendientes, bien sean emancipados ó hijos de familia, varones ó hembras, son legítimos herederos de sus padres, y tienen un mismo é igual derecho á la sucesion de sus bienes. Junto esto con el silencio que guardan las demas leyes en no espresar diferencia alguna entre los hijos emancipados y los que se hallan en la potestad acerca de la sucesion de los bienes de sus padres, presta un claro convencimiento de que por las leyes de Toro no se admite diferencia alguna entre los hijos emancipados en este punto; por lo que con razon observa Antonio Gomez en el libro 1.º de sus varias, capítulo 11, número 36, que en virtud de la ley 6.ª de Toro los hijos que estan en la potestad, y los emancipados indistinta é indiferentemente suceden á sus padres y á sus otros ascendientes por los mismos remedios contra los testamentos que hayan otorgado.

55 Tampoco es el objeto y fin de la colacion por las leyes de Toro el guardar la igualdad entre los herederos. Bien conozco que esta proposicion alarmará á los lectores, y la graduarán á primera vista de absurda; pero con tal que quieran examinar las razones en que la fundo, me lisonjeo que se han de conformar con ella y han de seguir mi dictámen.

56 Por la ley 23 espresamente se dispone que cuando el padre ó madre hiciere mejora del tercio de sus bienes, bien sea por contrato entre vivos ó por última voluntad, se regule el valor de dicha mejora por el que tuvieren los bienes de su padre al tiempo de su muerte, y no por el que tenian al tiempo de la donacion. La ley 29 ordena igualmente que cuando alguno de los hijos viniere á partir los bienes de su padre traiga á colacion la dote y donacion *propter nuptias* y las demas donaciones que hubiere recibido, con la diferencia de que la hija tenga la facultad de que se le regule la dote por el valor que tenia al tiempo que se le dió, ó el que tenga al de la muerte del padre, y los hijos precisamente hayan de regular sus donaciones por el valor que tuviesen al tiempo de la muerte del donante.

57 Cuyas regulaciones es absolutamente impracticable que se hagan y ejecuten sin traer á colacion ó al cúmulo de bienes las donaciones y mejoras, sin que por esto se estingan ó disminuyan, como se hará ver: por lo que es claro que la colacion entre nosotros no se practica y observa para guardar la igualdad entre los coherederos, sino para no privarlos ni perjudicarlos en el derecho que les compete á sus legítimas íntegras.

58 Se dirá acaso con alguna apariencia de verosimilidad que si la colacion no es necesaria por nuestras leyes para remediar el perjuicio que los hijos emancipados causaban á los que estaban en la potestad cuando venian á dividir la herencia de sus padres en virtud de la posesion *contra tabulas*, que les concedia el pretor por estar á la herencia y ser llamados por nuestro derecho real igualmente los emancipados que los que estan en la potestad, ni tampoco sirve y aprovecha para que los hijos dividan por partes iguales la herencia de sus padres, como se ha sentado, ¿á qué fin se sostiene y manda que se haga y practique?

59 Se sigue por una consecuencia legítima que la colacion, ó es inútil y superflua, ó se le ha de señalar un efecto propio y peculiar que haga útil y conveniente su conservacion.

60 En satisfaccion de esta observacion digo que la colacion es necesaria y muy conducente por nuestro derecho real, y tiene un efecto propio y peculiar, cual es el de que los hijos no reciban perjuicio en sus legítimas, ni lo causen á sus hermanos, y el de que se venga en conocimiento de si los padres han consumido ó empleado en las mejoras todo el caudal de que se les permite disponer, en cuyos términos es manifiestamente compatible que así las dotes, donaciones *propter nuptias* y mejoras esten sujetas á colacion, sin que por esto se revoquen en todo ó se disminuyan cuando no perjudican á las legítimas de los demas hijos coherederos.

61 Para hacer mas clara y perceptible la máxima que dejo establecida de que por las leyes de Toro está tan sujeta á colacion la mejora de tercio, y quinto que equivale á una donacion simple, como la dote y donacion *propter nuptias*, que son donacio-

nes *ob causam*, se debe tener presente que la colacion por derecho romano constaba de dos partes, á saber, la acomulacion de los biènes donados al cuerpo de la herencir ó acervo comun, y la otra era la division que se hacia por iguales partes entre los hijos de los bienes hereditarios, que venia á ser en cierto modo el efecto de la acomulacion de los bienes donados al acervo comun. Nuestras leyes reales han conservado la colacion del derecho romano en cuanto á la primera parte, que consiste en la acomulacion de los bienes donados al cuerpo de herencia, y han substituido otra en lugar de la segunda del derecho romano, y han dispuesto que la acomulacion de los bienes donados no se dirigiese á conservar la igualdad entre los hijos, sino que han querido que la acomulacion tuviese por objeto principal el que los hijos no sufriesen perjuicio en sus legítimas, ni lo causasen á sus hermanos en las suyas, y el de que los padres no pudiesen disponer por via de mejora de mas cantidad que la permitida por las leyes.

62 Por haber seguido nuestros autores nacionales las disposiciones del derecho romano sin haberse detenido á reflexionar la notable diferencia que se encuentra entre aquel y el real de las leyes de Toro, les ha hecho incidir en errores, y contradicciones manifiestas, y se han visto obligados á inventar unas distinciones absurdas y opuestas á la espresion literal de las leyes, como voy á manifestar.

63 Parladorio, que emprendió en la diferencia 150 tratar de la importante materia de la colacion, y conciliar las disposiciones de las leyes 26 y 29, y manifestar los errores de nuestros espositores, se propone establecer las siguientes proposiciones.

64 Sienta como cosa cierta que la donacion de tercio y quinto que un padre hace á un hijo, que equivale á la donacion simple, no se debe traer á colacion en virtud de la ley 26 de Toro, sino en la parte que escede del valor del tercio y quinto: en comprobacion de esta opinion cita al señor Gregorio Lopez en la ley 3.ª, tít 4.º, partida 5.ª, glosa 3.ª, al señor Covartubias en el capítulo *Rainaldus* 18, *de testamentis* número 18, donde dice que no se trae á colacion ó particion por derecho real la mejora de tercio y quinto, de cuya verdad asegura han dudado casi todos los espositores de las leyes de Toro, escepto Cifuentes; del mismo dictamen es Palacios Ruvios en la ley 25, número 57, y en la 26, número 10, citado por Parladorio, á quien sigue Gomez al número 29 de la ley 29, y se puede decir sin temeridad que apénas se encontrará uno de nuestros autores que no repitan lo mismo. Tal ha sido la inviolable adhesion que han tenido á las disposiciones del derecho romano.

65 Entremos á examinar el apoyo que encuentra esta opinion en la ley 26 de Toro, que es la única que se cita del derecho real, pues aunque forman un largo catálogo de leyes civiles, estas no conducen al intento por lo que arriba se ha dicho.

66 Dispone la ley 26 de Toro que si el padre ó madre por contrato entre vivos ó por última voluntad hiciesen donacion á alguno de sus hijos, se entienda que lo mejoran en el tercio y quinto de sus bienes, aunque no lo digan, y que dicha donacion se cuente en el espresado tercio y quinto si de mayor valor fuere, de la legítima que debia percibir de los bienes de su padre.

67 De esta disposicion infiere Parladorio en el §. 1.º de la diferencia 150, y establece por conclusion cierta y segura, que la donacion simple no se trae á colacion sino en la parte que escede del valor del tercio y quinto, de que se deduce que el esceso del valor del tercio y quinto está sujeto á colacion; asi lo reconoce el mismo Parladorio por el hecho de citar en comprobacion de su opinion la ley 29 de Toro, que espresamente ordena que la dote y donacion *propter nuptias*, la traiga á colacion y particion el hijo que venga á heredar los bienes de su padre, y se declara que para que dicha dote ó donacion se digan inoficiosas han de esceder del valor de la legítima y del tercio y quinto, concluyéndose de las disposiciones de estas dos leyes, que por una y otra está sujeta á colacion la legítima, sin otra diferencia que la de que en la donacion simple primero se imputan en el tercio y quinto el valor de los bienes donados, y el esceso en la legítima; y en la ley 29, primero se imputa en la legítima el valor de la dote y donacion *propter nuptias*, y el esceso en mejora de tercio y quinto, como se espresa en dichas leyes y lo reconoce y confiesa terminantemente el mismo Parladorio en la diferencia 150, número 8.º

68 Supuesto pues que por una y otra

ley se debe traer á colacion el valor de la legítima, se pregunta y desea saber ¿cómo puede conocerse y regularse el tanto á que asciende esta, sin saberse el importe y suma total de los bienes hereditarios? Ninguno por preocupado que esté dejará de conocer que para graduar y regular el valor de la legítima en los casos espresados, es absolutamente necesario é indispensable se traigan ó en especie ó en estimacion al acervo comun de la herencia los bienes donados por el padre, á fin de que formándose el cómputo de su capital ó valor se fije el de las legítimas de cada uno de los hijos, y el de las mejoras de tercio y quinto: esta acumulacion de los bienes donados al acervo comun de los hereditarios es y se llama por las leyes de Toro colacion.

69 Continuando Parladorio la esplicacion de la materia de colaciones, propone en el §. 3.º su segunda conclusion, reducida á que la donacion por causa se colaciona é imputa en la legítima, y en lo que escede de esta se reputa por mejora de tercio y quinto: esta conclusion se funda en el sentido espreso y literal de la ley 29 de Toro, que hablando en términos generales dispone que cuando algun hijo ó hija viniere á heredar los bienes de su padre ó madre esten obligdados á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que hubieren recibido de él.

70 De esta disposicion tan clara é ilimitada se infiere que toda la dote, donacion *propter nuptias* y las otras donaciones estan sujetas á colacion en el sentido esplicado, sin que sea admisible la distincion de que se traiga á colacion la dote y demas donaciones en la parte que comprende la legítima, pero no en la que se constituye mejora de tercio y quinto, pues ademas de que la ley habla en términos generales, y donde la ley no distingue no se debe hacer distincion, se pregunta si la dote en la parte que comprende la mejora es verdaderamente dote, ó no lo es; si se dice lo primero es indispensable confesar que debe traerse á colacion, porque espresamente lo manda asi la ley; si lo segundo (que no cabe en sana razon) se seguiria que la muger en la parte que corresponde á mejora de tercio y quinto su dote no gozaria de los privilegios de tal, lo que seria un manifiesto absurdo.

71 Tambien confirma el mismo concepto de que las donaciones en la parte que compreden la mejora de tercio y quinto estan sujetas á colacion la disposicion de la ley 25 de Toro: ordena esta que la mejora de tercio y quinto no se saque de la dote y donacion *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos traen á colacion: se pregunta si estas dotes y donaciones que se traen á colacion, y de que prohibe la ley se saque la mejora de tercio y quinto, comprendian únicamente la legítima ó escedian de ella. En el primer caso era bien ocioso y escusado que prohibiese la ley se sacasen de ella las mejoras, porque estas no pueden disminuir la legítima de los hijos segun las mismas leyes. Si se dice lo segundo, esto es, que dichas donaciones comprendian parte de la mejora de tercio y quinto de ellas, afirma la ley que se traen á colacion, con que es claro que segun la letra y espíritu de la citada ley 25, tanto las dotes, donaciones *propter nuptias*, y demas donaciones que esceden de la legítima, y comprenden parte de la mejora de tercio y quinto, deben traerse á colacion.

72 No se diga que estas donaciones se traen á colacion en la parte de la legítima y no en la que comprende la mejora, cuya distincion es manifiestamente cerebrina y arbitraria, pues como se ha hecho ver arriba, sin que se sepa y conste el valor de todos los bienes hereditarios no puede saberse ni constar lo que á cada uno de los hijos pertenece por su legítima (como es á todas luces claro); y sin saberse á lo que asciende el valor de esta ¿cómo podrá decirse, sin renunciar á la razon, que el donatario trae á colacion la parte de la donacion que corresponde á la legítima, no sabiéndose ni constando el verdadero valor de esta? Sin saberse las personas que han de partir la herencia, ¿será acaso posible dividirla? ¿pues cómo ignorándose la cantidad ó valor de los bienes hereditarios ha de poderse hacer la division de ellos?

73 La decision de la ley 23 que habla de la mejora del tercio ofrece una prueba irresistible de la verdad que me he propues probar: se ordena en ella que cuando el padre ó la madre mejorasen alguno de sus hijos en el tercio de sus bienes, bien sea por última voluntad, se regule su valor á lo que montaban los bienes del donante al tiempo de su muerte. Consiguiente á esta disposicion se pregunta si dicha me-

jora aumenta ó no el valor de los bienes que dejó el donante al tiempo de su muerte. Si se elige el primer estremo, es forzoso confesar que los bienes que constituyen la mejora se han de agregar ó acumular á los de la herencia, porque es imposible que una cosa aumente el valor ó cantidad de otra sin que se agregue, junte ó acumule á la misma, bien sea materialmente, ó verbal y numerariamente, y en tal caso se verifica á la letra que los bienes comprendidos en la mejora se deben agregar, juntar ó acumular á los hereditarios, cuya agregacion ó acumulacion no es otra cosa que la colacion de que vamos hablando.

74 Si se abraza el segundo estremo de que los bienes de la mejora no aumentan los hereditarios que quedaron por la muerte del donante, es indispensable reconocer que este podia disponer del tercio íntegro de los bienes que dejó al tiempo de su muerte, pues no acumulándose los bienes de la mejora á los hereditarios material ó verbal y numerariamente, como se ha dicho, no podia constar del valor de aquella, y de consiguiente el donante tenia libre y espedita la facultad de poder disponer del tercion de sus bienes, que se le concede por la ley 23 y 26, y al mismo tiempo contravendria á las disposiciones de las mismas leyes, en la primera de las cuales se ordena que cuando el padre ó la madre hicieren alguna mejora á alguno de sus hijos, ya sea por contrato entre vivos ó por última voluntad, se regule el valor de dicha mejora á lo que montaren los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hizo la mejora; y como es imposible hacer la regulacion de la espresada mejora por el valor que tuvieren los bienes del padre al tiempo de su muerte sin agregarla, juntarla ó acumularla á estos por alguno de los modos referidos, se sigue por una consecuencia necesaria que los bienes comprendidos en la mejora deben traerse á colacion en el modo dicho con los demas bienes hereditarios.

75 Por la segunda se dispone y declara que cuando el padre hiciese donacion á alguno de sus hijos por última voluntad, ó por contrato entre vivos, se entienda que lo mejora, aunque no lo diga, en tercio y quinto, y añade que la espresada donacion se haya de contar en el tercio y quinto de sus bienes en lo que cupiere, á fin de que ni al hijo mejorado ni á otro pueda mejorar en mas de lo que mas fuere del valor de dicho tercio y quinto; de cuya resolucion se convence, no solo que el padre no puede disponer del tercio y quinto íntegro de sus bienes que le quedaron al tiempo de su muerte, habiendo precedido la mejora hecha en vida, sino tambien que la espresada mejora se ha de traer en los términos indicados al acervo comun de la herencia, pues de otro modo es imposible que se cuente en el tercio y quinto de los bienes del padre, como espresamente lo ordena la ley, ni podria venirse en conocimiento si la mejora hecha en vida escedia del valor del tercio y quinto, para que fuese inválida y nula en el esceso, y á fin de que no pueda mejorar á otro hijo en mas de lo que montare el valor de dicha mejora del tercio y quinto de los bienes del padre.

76 En suma, si se han de contar en el tercio y quinto de los bienes que dejó el padre al tiempo de su muerte los comprendidos en la donacion, es absolutamente necesario de toda necesidad que se traigan y acumulen al cuerpo de la herencia en el modo ya indicado, no solo para averiguar si esceden ó no alcanzan á cubrir el valor de dicho tercio y quinto, á fin de que en el primer caso restituya el esceso, y en el segundo pueda disponer el padre de la restante cantidad, sino por la esencial correlacion que tienen las partes ó porciones de que se compone el tercio y quinto con las demas que constituyen el todo de la herencia, pues dividiéndose esta por las leyes de Toro en quince partes iguales y de un mismo valor y estimacion, de las cuales tres forman el quinto, cuatro el tercio, y las ocho restantes el valor de las legítimas, es no solo moral, sino fisicamente imposible hacer la regulacion del valor de las partes que constituyen el tercio y quinto con el que contienen las ocho que comprenden las legítimas de los hijos, sin que unas y otras se acumulen y junten en un acervo comun material ó verbal y numerariamente, no pudiendo constar por otro medio, ni la igualdad respectiva de las partes entre sí, ni si el tercio y quinto incluyen ó no mayor número de partes que las que les corresponde.

77 Esta colacion ó acumulacion que se ha de hacer de los bienes comprendidos en la mejora á los que dejó el padre al tiempo de su muerte no es para que se

dividan por iguales partes entre los coherederos y se disminuya la mejora, como sucedia por derecho romano, sino con el fin de que el mejorado perciba íntegramente el valor del tercio y quinto con respecto á la estimacion que tenian los bienes del padre al tiempo de su muerte, en caso que los comprendidos en la donacion no alcanzasen al valor total de dicho tercio y quinto, ó para que se reparta el esceso entre los hijos si los bienes donados eran de mayor valor que el que correspondia al tercio y quinto, ó finalmente, para hacer constar que los bienes comprendidos en la donacion igualaban á la estimacion correspondiente al espresado tercio y quinto, en cuyos tres casos ningun perjuicio causaba el mejorado á sus coherederos en sus legítimas.

78 A pesar de que Tello Fernandez sigue la comun opinion de los comentadores de que la donacion simple no debe traerse á colacion, se ve precisado á reconocer y confesar que la mejora de tercio y quinto se debe acumular verbalmente á los demas bienes que dejó el padre al tiempo de su muerte, como lo manifiesta en el Comentario á la ley 25 de Toro, número 4.º, donde examinando la duda de que un padre hubiese mejorado á un hijo en vida en una parte del tercio, y al tiempo de su muerte mejorase á otro ó al mismo en el tercio y quinto de sus bienes, si deberá sacarse esta última mejora del valor de la primera, resuelve que los bienes comprendidos en la mejora hecha en vida se han de acumular verbalmenre á los que dejó el padre al tiempo de su muerte, y de todo el cúmulo se formará la regulacion del tercio y quinto, sin disminuir la cantidad de la primera mejora, que deberá estraerse ó rebajarse del valor total del tercio y quinto.

79 Es tan arreglada y conforme á las leyes de Toro la esposicion de Tello Fernandez, que de no hacerse la regulacion del modo que indica se contravendria á la disposicion de la ley 23, que declara que la regulacion de la mejora, aunque se haya hecho en vida, debe formarse por el valor que tenian los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no al en que hizo la mejora: se contravendria tambien á lo dispuesto por la ley 26, que prohibe no se pueda mejorar á ninguno en mas de lo que montare el valor del tercio y quinto, y por último, se destruiría la disposicion de la ley 28, que prohibe absolutamente que no pueda el padre mandar mas que un quinto de sus bienes en vida ni en muerte.

80 Del mismo dictámen que Tello es Febrero, sin embargo que sigue tambien la rutina de los espositores acerca de que la donacion simple no está sujeta á colacion, y asi en el lib. 2.º, cap. 3.º de los juicios civiles, §. 4.º, número 151, afirma que la mejora ó la donacion simple se ha de unir y acumular verbal y numerariamente á la herencia, y lo mismo repite en el número 156, donde asegura que esta es la práctica que se observa en la corte.

81 Acaso se dirá que la esplicacion que se intenta dar á la disposicion de la presente ley, aunque á primera vista presenta cierta apariencia de verosimilitud, si se examina y coteja con las palabras de la ley se echa de ver que está en una manifiesta contradiccion con ellas. Manda por punto general que se traiga á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias* cuando el donatario viene á dividir y partir la herencia de su padre, y á continuacion añade que si quisiere abstenerse de la referida herencia lo pueda hacer con tal que la donacion no sea inoficiosa, esto es, que no esceda del valor de la legítima y tercio y quinto, porque si escede deberá volver el esceso, en lo que conforma la presente ley con la 1.ª, §. 1.º, C. *de collationibus*, con la auténtica *unde si parens*, C. *de inofficioso testamento*, y con la 17, tít. 1.º, partida 6.ª, y la 4.ª, tít. 11 de la misma partida, que disponen que las donaciones escesivas que perjudican á los demas hijos en la legítima se revoquen en el esceso. En esta disposicion se manifiesta al parecer con toda claridad que la dote y donacion *propter nuptias* se deben traer á colacion y particion, y al mismo tiempo se infiere *à contrario sensu* que en el caso que se contente el donatario con lo que ha recibido, no está obligado á colacionar la dote y donacion *propter nuptias*, de que se convence que si no está obligado á traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias* cuando quiere abstenerse de la herencia de su padre, con mayor razon estará exento de esta obligacion en aquellas donaciones que se reputan por mejora de tercio y quinto, y de consiguiente se convence hasta la evidencia es absoluta-

mente falsa y contraria á la disposicion de la presente ley la esposicion que arriba se ha indicado de que tanto la donacion simple como la dote y donacion *propter nuptias* y las demas que se hacen por causa estan sujetas á colacion.

82 En satisfaccion de esta dificultad debo decir que cuando la ley espresa que los hijos deben traer á colacion y particion la dote y donacion *propter nuptias*, no les impone una obligacion precisa y necesaria de hacerlo, como se convence de que á renglon seguido los exime de esta obligacion si quieren abstenerse de tener parte en la herencia de su padre.

83 La colacion de que habla aqui la ley debe entenderse la material que se hace trayendo los bienes fisica y materialmente al acervo comun de la herencia, y no de la verbal y numeral: el fundamento de esta esposicion lo manifiestan las palabras de la ley, con que exime de la colacion al que se abstiene de la herencia, y no quiere tener parte en ella, en cuyo caso no puede estar exento de colacionar verbal y numeralmente los bienes donados, pues de otro modo no podria venirse en conocimiento de si escedian del valor de la legítima y tercio y quinto, ni de si las partes de que se componen estos tres cuerpos respectivos eran de igual valor, y guardaban proporcion con las restantes, que constituyen el todo de la herencia, como arriba se ha manifestado, pues siendo mayores, espresamente manda la ley que se restituya el esceso; es, pues, claro y fuera de toda duda que asi cuando los bienes donados no cubren el valor íntegro de la legítima y tercio y quinto, como en el caso que escedan de él, se deben traer y acumular verbal y numeralmente á los bienes hereditarios, como que es el único medio que hay para conocer si la donacion es ó no inoficiosa, con lo que queda evidenciado que la esposicion establecida al principio de que no solo la dote y donacion *propter nuptias*, sino todos los demas géneros de donaciones estan sujetas á colacion, es enteramente cierta, y arreglada á la letra y espíritu de las leyes de Toro.

84 Si en el sentido espuesto sostuvo Hector Rodriguez, catedrático de Salamanca, en un informe que hizo en la chancillería de Valladolid, que la donacion simple estaba sujeta á colacion, no tuvieron razon los oidores para burlarse de él, como refiere Parladorio en la diferencia 150, §. 1.º, número 5.º, aprobando este hecho.

85 Don José de Retes, tratando en el cap. 10 *de donationibus* de la diferencia que advertia entre el derecho civil y real acerca de colacionar las donaciones, dice que hay una pequeña variacion, segun se nota en la ley 29 de Toro, por la cual, si el hijo donatario quiere suceder á su padre en concurrencia de sus hermanos, sea abintestato ó ex testamento, nada retiene especialmente para sí, sino que está obligado á colacionar lo que se le ha dado, bien se haya hecho la donacion por causa ó simplemente, en lo que afirma que se ha separado el derecho real del comun, porque dice que entre nosotros, si el hijo quiere mezclarse en la herencia paterna, ó admitir la donacion que ha recibido de su padre, no se debe reputar por mejora.

86 En esta breve esposicion comete dos errores bien notables este sabio escritor, tan instruido en el derecho civil de los romanos. Uno de ellos es el suponer que cuando el hijo donatario quiere suceder á su padre con sus hermanos, nada retiene especialmente para sí, esto es, que no saca mayor porcion que ellos de la herencia, y ha de traer á colacion los bienes donados, ora sea la donacion *ob causam*, ó simple. He dicho que este es un error, porque el hijo ó hija á quien se ha dado en dote ó donacion *propter nuptias* algo mas del valor de la legítima, y que no esceda del que corresponde al tercio y quinto de mejora, aunque traiga á colacion lo recibido, no perderá nada de lo que le dió su padre, y conservará el esceso que haya hasta la legítima, pues de lo contrario se incurriria en el manifiesto absurdo de decir que el padre no podia mejorar en tercio y quinto al hijo por donacion *propter nuptias*, contra lo que espresamente se ordena en las leyes 22, 23, 25 y la presente, que manda se restituya solo el esceso que haya sobre la legítima y tercio y quinto; y como no se puede conocer este esceso sin traer á colacion los bienes donados con los hereditarios, como sólidamente se ha probado arriba, se convence que la asercion de Retes es enteramente falsa, y contraria á lo dispuesto por nuestras leyes reales.

87 El otro error consiste en decir que entre nosotros, cuando el hijo quiere mezclarse en la herencia paterna, no se debe

reputar por mejora la donacion que se le hizo, cuyo error es tan de bulto, y tan opuesto á nuestras leyes patrias, que con razon puede dudarse si las leyó, cuando sienta una proposicion tan contraria á sus terminantes decisiones.

88 La prueba de esta verdad la suministra la ley 26, en que se manda que cuando el padre hace alguna donacion al hijo por contrato entre vivos, se entienda que le mejora en cuanto no escedan los bienes donados del valor del tercio y quinto. Igual disposicion se encuentra en la ley 23, sin otra diferencia que en esta la mejora es espresa, y en la 26 tácita. Ahora bien, en el caso propuesto en nuestras leyes, si el hijo viene á partir la herencia de su padre deberá perder la mejora, segun la opinion de Retes, que afirma que si el hijo quiere mezclarse en la herencia, la donacion que le ha hecho su padre no se debe reputar por mejora, y si se abstiene de ella perderá su legítima, cuando los bienes donados no esceden del valor del tercio y quinto, y de consiguiente si fuera cierta la opinion de Retes se hacia preciso confesar que el hijo mejorado, bien sea tácita ó espresamente, estaba obligado por nuestras leyes á sufrir la triste alternativa de haber de perder la mejora si traía á colacion los bienes donados, ó de privarse de la legítima si se abstenia de la herencia paterna. ¡Bella opinion, por cierto, de que se infiere una ilacion tan absurda y contraria á nuestras leyes!

89 Comunmente sucede que los autores que se dedican con esmero al estudio del derecho civil de los romanos miran como de poca importancia nuestras leyes patrias, y se persuaden que una mera lectura de ellas les basta para enterarse de sus decisiones, y esta confianza hizo incurrir á este sabio escritor en los errores que se han notado.

90 Queda, pues, probado con la mayor solidez y claridad que la colacion por las leyes de Toro no se dirije única y precisamente á mantener y conservar siempre la igualdad entre los hijos coherederos, como sucedia por derecho romano, y asi es fuera de propósito é inconducente valerse de las leyes civiles para inferir lo que debe observarse en la materia por las reales.

91 La aplicacion que se ha querido hacer á estas de las decisiones de las leyes civiles ha dado causa á que nuestros autores se confundan en sus esplicaciones, y se hayan hecho ininteligibles á sus lectores, sentando por principio cierto é indubitado que la dote y donacion *propter nuptias* se traen á colacion, pero no la donacion simple, siendo asi que tanto la dote y donacion *propter nuptias* como la simple, siempre que no sean inoficiosas, esto es, que no escedan del valor de la legítima y tercio y quinto, retiene el donatario en su poder los bienes donados sin partirlos con sus coherederos, sin otra diferencia entre estas donaciones, que la donacion simple primero se imputa y considera por mejora, y el esceso en la legítima, y las otras al contrario, primero se hace la imputacion en la legítima, y el esceso se reputa por mejora, y de consiguiente no parece hay razon fundada para eximir de la colacion unas donaciones y otras no.

92 Con el fin de eludir esta dificultad han inventado casi todos los espositores de nuestras leyes la distincion de que me he hecho cargo arriba, que en verdad es un galimatías confuso y embrollado con que intentan esplicar lo que ellos mismos no han podido comprender.

93 He dicho que casi todos nuestros autores se han esplicado en los términos que dejo referidos, porque Luis Avendaño, en la glosa 3.ª al Comentario de esta ley, impugna en el número 4.º la conciliacion que comunmente intentan hacer los espositores de la decision de la ley 26 con la 29, y sostiene que las donaciones de que una y otra hablan estan igualmente sujetas á colacion.

94 No fue esta la única variacion que hicieron nuestras leyes reales de la colacion que se observaba por las leyes del derecho romano. El fuero real, que en su formacion, conclusion y publicacion fue anterior á las partidas, dispuso en la ley 14, tít. 6.º del lib. 3.º, que todo cuanto el padre ó la madre dieren á alguno de sus hijos por razon de casamiento esté obligado á traerlo á particion con los otros hermanos, y advierte que si el padre y la madre hicieren la donacion juntamente, á la muerte de cada uno se ha de traer á particion la mitad de los bienes donados.

95 En dicha ley se advierte que se establece por primera vez que la donacion que el padre hace al hijo por razon de casamiento se traiga á colacion, pues como se ha observado antes con doctrina de Cu-

jacio, las leyes civiles que disponian la colacion de las donaciones *propter nuptias* no se entendian de la donacion que el padre hace al hijo por razon de casamiento, sino de las que el esposo ó marido hacia á la esposa ó muger en seguridad de la dote.

96 Por la ley 3.ª, tít. 15 de la partida 6.ª, se ordena que todas las cosas que el hijo ganare comerciando con dinero de su padre estando en su poder, las debe traer á particion con sus hermanos con los otros bienes del padre, y que la dote, las arras y la donacion que el padre diere en casamiento á alguno de sus hijos, se le debe contar en parte de lo que habia de haber el que la recibe, á no ser que el padre dijese espresamente cuando se la daba, ó en su testamento, que no queria que se le contase en su parte ó legítima; lo que dice se debe entender cuando solos los hermanos vienen á heredar los bienes de sus padres, pero no cuando algun estraño fuese nombrado por heredero, porque en tal caso no está obligado á traer á particion ni las ganancias, dotes, arras ni donaciones.

97 La disposicion de esta ley confirma la alteracion que habia ya hecho la ley del fuero en la parte que disponia se trajese á colacion la donacion que el padre habia hecho al hijo por razon de casamiento.

98 Tambien por esta ley en la parte que concede al padre la facultad de ordenar que la dote no se cuente al hijo en parte de su legítima, se alteró lo dispuesto por las leyes civiles, en las que constantemente se establece que la dote se traiga á colacion, que es lo mismo que imputarse en la legítima, supuesto que la colacion por derecho romano se dirijia á conservar y mantener la igualdad entre los hijos, y por lo menos no se encuentra una ley del derecho civil, por la cual despues que por punto general se ordenó que la dote se trajese á colacion, se conceda al padre la facultad que le da la ley de partida.

99 Consiguiente á las disposiciones de la ley del fuero y de la de partida, se formó la presente ley de Toro, en la que en términos espresos se manda traer á colacion la dote y donacion *propter nuptias*, entendiéndose por esta la donacion que el padre hace al hijo por razon de casamiento, y á continuacion establece por regla que deban traerse á colacion las demas donaciones que los hijos hubieren recibido de los padres, cuyos bienes van á partir; advierte que la donacion no ha de ser inoficiosa; determina tambien lo que se debe hacer cuando lo sea, y fija y señala la cantidad que no debe esceder, y el órden y modo de imputarla, y por último prefija el tiempo á que debe atenderse para hacer la regulacion de si la dote y donaciones deben considerarse ó no por inoficiosas.

100 Parecia que despues de una resolucion tan clara, circunstanciada y específica no podia quedar la menor duda de las donaciones que la ley sujeta al gravámen de la colacion; pero ha sucedido tan al contrario, que admira las dificultades en que se han embrollado y confundido los comentadores, por empeñarse en aplicar á la decision de esta ley las disposiciones del derecho romano, que escluye de la colacion las donaciones simples, y sujeta á ella todas las demas, y asi pretenden y defienden con el mayor empeño que esta ley limita su disposicion á la dote, donacion *propter nuptias*, y demas donaciones que se hacen por alguna causa, y escluye enteramente las donaciones simples que se hacen por mera liberalidad, sin mezcla de ninguna otra causa.

101 Para convencer la falsedad de esta doctrina ó distincion de que las donaciones simples no deben traerse á colacion por reputarse por mejora de tercio y quinto, y sí las que se hacen por causa, parecia deberia haber sido bastante lo que dejo dicho en el presente Comentario de la imposibilidad de poder hacer la particion ó division de la herencia, sin que se traigan á colacion todas cuantas donaciones hayan recibido los hijos de sus padres, y transferido en ellos el dominio, bien sean las donaciones simples ó por causa, como la dote y donacion *propter nuptias*, ó aquellas en que la causa es onerosa, como por contrato ó por cualquier otra, sin la menor escepcion, siendo la razon que para ello hay tan sólida y convincente que no admite contestacion.

102 La mejora de tercio y quinto es una parte ó cuota indeterminada y no fija de los bienes del padre, que es mayor ó menor segun la cantidad de estos, y de consiguiente es imposible de todo imposibilidad que se pueda fijar el valor de la mejora de tercio y quinto con respecto á los bienes del padre, sin que se traigan á colacion materialmente los bienes donados, ó en estimacion y aprecio, y por lo tanto se convence hasta la evidencia que todos

los bienes comprendidos en cualquiera género de donaciones, y de que haya pasado el dominio al donatario antes de la muerte del padre donante, deben traerse á colacion, y sino descúbrasenos el admirable secreto de dividir y partir en tres y cuatro décimas quintas partes iguales la herencia de cualquiera, sin traer al cúmulo de sus bienes materialmente ó por estimacion y aprecio todos los que en realidad le pertenecen, y en verificándose este imposible me doy por concluido en la disputa.

103 He dicho que haya pasado el dominio al donatario, porque esta cualidad la indica y supone la presente ley, cuando hablando del caso en que las donaciones sean inoficiosas, porque esceden del valor de la legítima, tercio y quinto, manda que tornen á los otros hijos aquella parte en que fueron inoficiosas, y como no puede tornarse ó devolverse lo que no se ha llegado á recibir, es claro que la ley habla de aquellas donaciones que habian recibido los hijos de los padres y adquirido el dominio de las cosas comprendidas en ellas, lo que es conforme á lo que dejo sentado arriba de que por derecho civil de los romanos la colacion siempre se hacia de bienes que no eran del testador al tiempo de su muerte.

104 Aunque lo dicho hasta aquí presenta el mas cabal convencimiento de que la decision de la presente ley no limita su disposicion á la dote y donacion *propter nuptias* y demas donaciones que se hacen por alguna otra causa, como son la que el padre hace al hijo que se ha de ordenar para constituirle patrimonio, la que se da para comprar una posesion ó satisfacer un crédito, las cuales todos son y deben llamarse por causa en el mismo sentido que la dote y donacion *propter nuptias*, sin estenderse á comprender las donaciones simples que se hacen por mera liberalidad sin mezcla de ninguna otra causa, como pretenden los autores de esta esposicion.

105 Entremos á manifestar el ningun apoyo en que se funda la esposicion que intentan dar á la presente ley, en contraposicion de la 20. Ordena esta entre otras cosas que la donacion que el padre hace á alguno de sus hijos por contrato entre vivos se entienda por mejora de tercio y quinto, para que á él ni á otro pueda mejorar en mas de lo que mas fuere el valor de dicho tercio y quinto; ahora bien, ó la donacion de que habla la ley es simple y pura, ó por causa; si se pretende decir lo primero, se incurre en el absurdo de que una donacion que se hace en fuerza de un contrato, por el cual quedan obligados los contrayentes el uno en dar, y el otro hacer se llame pura y simple, y que solo ha tenido por objeto ejercer el donante su liberalidad con el donatario, que es el fin de la donacion simple: si se dice lo segundo, como es indispensable y forzoso por la razon que queda insinuada, de que la donacion *ob causam* en el sentido de la ley 29 no es precisamente aquella que se hace por cualquier causa, porque en este sentido no hay donacion que no pueda y deba llamarse por causa, y así se ve que la donacion simple y pura se hace por causa de afecto al donatario, pues nadie da á quien ni conoce ni estima; y los legados y donaciones *mortis causa* tambien dimanan de afecto en el donante al donatario, y las que se hacen por contrato media una causa onerosa que estimula al donante á desprenderse de una parte de sus bienes, imponiendo al donatario un gravámen que compense y resarza el perjuicio que ha recibido el donante en la privacion de los bienes donados.

106 La donacion, pues, que la ley 29 llama por causa, y la tienen por tal generalmente los autores, es aquella que se hace por alguna causa esterna, sea ó no obligatoria, y con el fin primario y directo de socorrer y aliviar las urgencias y necesidades del donatario, como sucede en la dote y donacion *propter nuptias*, en la constitucion de patrimonio al hijo que se ha de ordenar, la que se hace para que compre algun empleo público, á que alude la ley 30, C. *de inofficioso testamento*, §. *imputari*, ó para satisfacer alguna deuda ó multa á que está obligado el hijo, por lo que con razon hablando Juan García en el tratado de la donacion remuneratoria, que se halla al fin del *de expensis*, de las donaciones *ob causam*, dice al número 47 que la causa no se entiende haya de ser cualquiera, sino la que provenga de una necesidad decente y conveniente, como es la dote y donacion *propter nuptias*, ó que dimane de la naturaleza, como la que se hace para alimentos al hijo, ú honesta como la milicia, y en el número 78 añade la que se hace al hijo por causa de patrimonio para ordenarse, y por último en el número 50

tratando de rebatir la opinion que refiere de Tello, de que la causa ha de ser necesaria y eficaz para pedir, dice que las palabras de la presente ley, y *las otras donaciones*, para que no esten vacías de sentido, se han de entender de causa necesaria por naturaleza, honestidad, estilo y costumbre del pais en la que no media la liberalidad, pero ni tampoco una coaccion precisa, y concluye que aunque estas causas no sean coactivas, se reputan y dan bastante motivo para que las donaciones que por ellas se hacen no se tengan por dimanadas de la virtud de la liberalidad, é infiere que la donacion remuneratoria se entiende hecha por causa, y está comprendida en la decision de la ley 29.

107 Supuestos estos antecedentes, y de que no hay medio entre las donaciones simples y las que se llaman por causa, es forzoso decir que la donacion por contrato, de que habla la ley 26, no puede menos de reputarse por donacion *ob causam*, en el sentido que dejamos esplicado; es asi que la misma ley declara que se debe reputar en primer lugar por mejora de tercio y quinto, con que es preciso elegir uno de estos estremos, ó que la donacion *ob causam* no se debe traer á colacion contra la espresa y literal disposicion de la ley 29, ó que la mejora de tercio y quinto de que habla la ley 26 está sujeta á colacion, contra lo mismo que quieren persuadir los autores con su inventada distincion.

108 Resta ahora satisfacer á una dificultad, que á primera vista parece insuperable, contra la esposicion con que se ha intentado conciliar la disposicion de la ley 26 con la presente, y se reduce á que si la donacion por contrato, por legado ó por donacion *mortis causa* se traen á colacion reputándose en primer lugar por mejora de tercio y quinto, y en el esceso por legítima, como es que las donaciones de que habla la ley 29, que son la de dote y donacion *propter nuptias*, y demas que se han indicado arriba, que se reputan hechas por causa, se manda se traigan á colacion imputándose en primer lugar en la legítima, y solo en el esceso quiere que se reputen por mejora de tercio y quinto, lo que es manifiestamente opuesto á la decision de la ley 26, porque tratándose en una y otra de donaciones que no son simples sino por causa, se ordena en la 26 que las donaciones de que habla en primer lugar se reputen por mejora, y en el esceso por legítima, y en la 29 que en primer lugar se tengan por legítima y en el esceso por mejora.

109 La razon de esta diferencia consiste en que las donaciones de que habla la ley 29 son de aquellas cuyas causas no dimanan de obligacion rigorosa que tengan los padres de hacerlas, sino que provienen de un motivo que les estimula y escita á ejecutarlas, movidos en cierto modo de compasion y deseo de aliviar y socorrer las necesidades de sus hijos, de forma que la indigencia de estos es la causa que mueve la voluntad de los padres á hacer las donaciones, y asi dice la ley 6.ª del tit. 4.º de la partida 5.ª "Que por señaladas razones se mueven los homes á facer donaciones á otros, que si por ellas no se moviesen por ventura no las farian," y como los hijos en vida de los padres se presume han de ser herederos de estos al tiempo de su muerte, lo que les constituye en cierto modo acreedores á los bienes de los mismos, resulta la presuncion de que la voluntad de los donantes haciendo las donaciones, ha sido de que estas en primer lugar se imputen en satisfaccion de la legítima ó débito que le corresponde, considerándolas como un adelantamiento ó anticipacion que los padres hacen á sus hijos de la parte ó porcion que les ha de caber al tiempo de su muerte, y solo en el esceso que hagan á la legítima, se reputan dichas donaciones por mejora de tercio y quinto.

110 Lo contrario sucede en las donaciones de que habla la ley 26, que son las hechas por última voluntad ó por contrato entre vivos.

111 Como en las primeras no se transfiere el dominio en el donatario hasta verificada la muerte del donante, no se presume que se hacen para socorrer la necesidad del donatario, sino por afecto y estimacion que se tiene á la persona de este, y de consiguiente vienen á considerarse como simples en cuanto á reputarse en primer lugar por mejora de tercio y quinto, y en el esceso por legítima, porque si el valor del legado ó donacion *mortis causa* no escedia del de la legítima serian vanas é inútiles semejantes donaciones si se hubieran de imputar en primer lugar en la legítima, pues no recibiria por ellas el donatario sino lo que ya le era debido.

112 Conviene observar aquí cuán opuesta y contraria es á la decision de la ley 26 la doctrina que espende Gomez en el libro 1.º de sus varias, capítulo 12 *de legatis*, número 27, donde proponiéndose examinar la duda de si cuando un testador deja un legado á su acreedor deberá presumirse que lo hace en satisfaccion de la deuda, dice entre otras cosas, que cuando el padre deja un legado á la hija, debe presumirse que lo hace para compensar la obligacion que tiene de dotarla, segun la ley 22, §. *si pater*, ff. *de soluto matrimonio*, y lo mismo afirma del que se hace al hijo que tambien debe creerse que se lo deja á cuenta de la legítima que le correspondia recibir al tiempo de su muerte, con arreglo á lo que dispone la ley 29, C. *de inofficioso testamento*.

113 Prescindiendo de entrar en el exámen de si las leyes citadas por Gomez dicen lo que les atribuye, no puedo prescindir de manifestar que el dictámen de este autor en los dos casos que espresa es conocidamente contrario á la decision de la ley 26, que espresa y terminantemente establece por regla que cuando el padre ó la madre por testamento ó en otra cualquiera última voluntad hicieren donacion á alguno de sus hijos, se entienda que lo mejoran en tercio y quinto de sus bienes, y si de mayor valor fuere la donacion valga hasta en la cantidad de dicho tercio, quinto y legítima.

114 Por lo que respecta á la otra donacion de que habla la misma ley, hecha por contrato entre vivos, hay una razon muy poderosa y concluyente para que se repute en primer lugar como mejora de tercio y quinto, y no como legítima. Toda donacion en que interviene contrato se entiende hecha por causa onerosa, por el cual el donante se obliga á dar cierta porcion de sus bienes, con la condicion de que el donatario sufra el gravámen de hacer ó dar alguna cosa determinada, y este se obliga y promete cumplirlo. Si en este caso la donacion no se reputase en primer lugar por mejora de tercio y quinto, sino por la legítima, era forzoso é indispensable decir que el gravámen impuesto por el donante al donatario recaía inmediata y directamente en la legítima, la que como es constante, asi por derecho civil como por el real, de la ley 17, tít. 1.º, y la 11, tít. 4.º, partida 6.ª, que debe dejarse libre y exenta de toda carga y obligacion, por ser la satisfaccion de una deuda que la ley impone á los padres á favor de sus hijos, es absolutamente necesario decir y reconocer que las donaciones que se hacen por contrato entre vivos deben considerarse en primer lugar como mejoras de tercio y quinto, y no reputarse por legítima sino en el esceso.

115 Despues de esta circunstanciada esposicion omito referir la impugnacion que hace Avendaño en la glosa 3.ª, número 4.º de esta ley á la comun opinion de los autores, y la interpretacion que intenta dar para conciliar las disposiciones de la ley 26 y 29, porque claramente se manifiesta que ni entendió lo que se propuso impugnar, ni acertó en la conciliacion que quiso dar á las referidas leyes.

116 Como la ley estiende la obligacion de traer á colacion y particion, ademas de la dote y donacion *propter nuptias*, las otras donaciones que hubiesen recibido los hijos de los padres, que pretenden hacer heredar, y sin embargo de lo que ya queda espuesto arriba acerca de la diferencia que se nota entre las donaciones de que habla la ley 26 y la 29, esto no obstante debo repetir, que las otras donaciones que comprenden sus disposiciones son todas aquellas que no provienen de mera liberalidad, de última voluntad ó de contrato entre vivos, sino que se hacen libre y espontáneamente con el fin de socorrer alguna necesidad en los hijos, ó de satisfacer alguna obligacion legal, y son las que vulgarmente llaman los autores donaciones *ob causam*, cuya causa, como acabo de decir, no supone en los padres una obligacion legal de hacerlas, como queda notado en la ley 26 por la autoridad del señor Covarrubias y Tello Fernandez, proviniendo el imputarse en primer lugar en la legítima el haber presumido los legisladores que cuando los padres hacian á sus hijos é hijas semejantes donaciones era con el ánimo é intencion de que se les imputasen en la legítima, como sábiamente lo advierte Cujacio al fin de la columna penúltima del Comentario al título del código *de collationibus*, y asi aunque la dote y donacion *propter nuptias* se llamen y sean donaciones *ob causam*, y en el padre haya una obligacion legal de dotar á la hija, segun la ley última, C. *de dotis promissione*, y lo mismo se ordena en la ley 8.ª, tít. 11, partida 4.ª, como á la madre ninguna obligacion la impone el derecho civil ni real de dotar á la hija, ni tampoco la tenga el pa-

dre de hacer donacion al hijo *propter nuptias*, esto no obstante, así por la ley 29, C. *de inofficioso testamento*, como por la presente, se manda y dispone que las donaciones que los padres hagan á los hijos por dote ó donacion *propter nuptias* se imputen en primer lugar en la legítima, y en el esceso se tengan por mejora de tercio y quinto.

117 Aunque parecia que debia ser bastante la esposicion que acabo de hacer de la inteligencia que debe darse á la decision de la presente ley con respecto á la 26, como el empeño que han hecho los comentadores de conservar y aplicar á la inteligencia de dichas leyes las frases de imputacion y colacion de que usa el derecho romano en la division de los bienes hereditarios, mas ha servido de obscurecerlas y embrollarlas que de aclarar sus disposiciones, no debe tenerse por ocioso é inútil que me detenga algun tanto á compendiar y epilogar la doctrina que he referido arriba, y fijar, si me es posible, los verdaderos fundamentos que deben servir de regla para venir en conocimiento de la cierta y genuina inteligencia que debe darse á la decision de la presente ley.

118 He sentado arriba como un principio cierto que toda donacion, de cualquier género ó especie que sea, debe necesariamente, segun nuestro derecho real, sujetarse á colacion, la que se hace, no con el fin de disminuir ó aumentar los bienes colacionados en cuanto á la legítima y mejora de tercio y quinto, sino para que estas tres partes ó porciones de bienes no escedan de la cuota ó cantidad prescripta por nuestro derecho pátrio.

119 Toda donacion es indispensable que se haga, ó pôr última voluntad ó entre vivos, y estas pueden hacerse por contrato ó sin él, y en todas ellas interviene una verdadera causa que mueve ó impele á su ejecucion, lo que conforme con aquel principio filosófico de Aristóteles, *omne agens operatur propter finem*, de que se deduce que la diversidad ó diferencia en las donaciones no se ha de tomar de si en ellas interviene ó no causa, sino del motivo ó causa final con que se hacen.

120 Las que se ejecutan por última voluntad se reducen á las que se hacen por testamento ó donacion *mortis causa*; en unas y otras la causa que mueve al donante á hacerlas se presume que es el cariño y afecto que se profesa al donatario, á semejanza de la que interviene en la donacion simple y pura, sin otra diferencia que en la donacion por última voluntad, el donante da lo que no puede conservar, y en la simple lo que podia retener.

121 Las que se hacen entre vivos se ha dicho que en unas interviene un verdadero contrato, y en otras falta este; las que se hacen por contrato provienen de una causa onerosa, asi respecto del donante como del donatario, por la cual el primero se obliga á dar, ó da cierta cantidad de sus bienes, y el segundo se obliga á ejecutar aquel gravámen que por el donante se le impone. Las demas donaciones que se hacen entre vivos, escepto la remuneratoria, de que hablaré despues, provienen igualmente de causa, pero esta ni dimana de mero cariño y afecto que se profesa al donatario, ni de alguna obligacion de justicia que obligue á hacerlas, naciendo únicamente de consideracion del donante, con el fin de aliviar y socorrer las necesidades del donatario, en cuya clase estan comprendidas la dote y donacion *propter nuptias*, pues aunque es cierto que asi por derecho civil como el real el padre está obligado á dotar la hija segun la ley final, C. *de dotis promissione*, y la 8.ª, tít. 11, partida 4.ª, como esta obligacion no se estiende á la madre por ninguno de los derechos referidos, ni tampoco al padre en cuanto á la donacion *propter nuptias*, se infiere con bastante claridad, que la razon que ha tenido la presente ley para disponer que la dote y donacion *propter nuptias* que los padres hacen á sus hijos se traigan á colacion, no se funda en la obligacion legal y de justicia que los padres tengan de hacerlas, porque la madre no está obligada á dotar la hija, ni el padre á hacer donacion al hijo *propter nuptias*. Lo que se confirma clara y espresamente con la decision de la ley 29, C. *de inofficioso testamento*, y en la que se manda y ordena que la donacion que el padre ó la madre hacen á su hija por causa de dote ó donacion *ante nuptias*, ó la que hacen los abuelos y bisabuelos paternos y maternos á sus nietos y viznietos se traigan á colacion, sin embargo de que ni el padre tenga obligacion legal de hacer donacion *ante nuptias* al hijo, ni la madre y abuelos maternos de dotar á la hija.

122 La donacion remuneratoria es aquella con que el padre quiere agradecer los oficios libres y espontáneos de beneficencia

que le ha prestado el donatario, recompensando con ella los servicios que este ha hecho en favor de aquel.

123 Supuesto, pues, que todas las donaciones, de cualquier género ó clase que sean, deben sujetarse á colacion por nuestro derecho real, cesa enteramente la diferencia que habia por derecho civil de traerse á colacion unas donaciones y otras no, y se ha substituido entre nosotros la duda de cuándo la donacion debe reputarse en primer lugar como mejora de tercio y quinto, ó como legítima.

124 La decision de esta duda depende de la verdadera y genuina inteligencia que debe darse á la decision de las dos leyes 26 y 29.

125 Si la donacion se reputa en primer lugar por la legítima que el hijo ha de recibir del padre al tiempo de su muerte, y estos bienes comprendidos en la donacion no esceden del valor de dicha legítima, el hijo solo conseguirá el beneficio de haber recibido con anticipacion lo que despues se le habia de dar; lo contrario sucede cuando la donacion se reputa en primer lugar por mejora de tercio y quinto, en cuyo caso recibe el hijo unos bienes, no solo con la anticipacion que en la anterior donacion, sino que á mas de dichos bienes no se le disminuye el derecho que tiene á la legítima íntegra de los bienes de su padre. Como esta diferencia es de mucha importancia, tambien debe serlo el conocer la razon ó causa que la motivó, por lo que debe estrañarse que Tello Fernandez, refiriendo en el número 4.º las varias razones que alegan los autores para fundar esta diferencia, despues de desecharlas como inútiles, concluye que este punto es de poca utilidad, y que la verdadera causa es que así lo quisieron los legisladores.

126 Sin embargo que sea cierto que el comentador no deba afanarse por descubrir la razon que tuvieron los legisladores para la formacion de las leyes, con tal que sea clara su disposicion para poder ejecutarla, esto no obstante debe suponerse que ha habido una justa razon para formar y sancionar las leyes que no deben hacerse únicamente por la voluntad del legislador, sino con el fin ú objeto del comun de la sociedad.

127 Ya he insinuado arriba la verdadera causa por qué así la donacion simple y pura, como la que se hace por legado, ó *mortis causa*, no se reputan en primer lugar en la legítima, y sí por mejora de tercio y quinto, y es porque estas donaciones provienen inmediata y directamente del cariño y afecto que el donante profesa al donatario, sin otra alguna causa que le mueva á hacerlas, y si en tal caso se hubiese de imputar en la legítima, nada mas recibiria de los bienes de su padre que lo que le habia de caber al tiempo de la division de los bienes del mismo, y por lo tanto en cierto modo venia á faltar el fin y objeto de la donacion. Las que se hacen por contrato, como queda insinuado arriba, es muy obvia la causa porque no deben reputarse en primer lugar en la legítima, y sí en la mejora de tercio y quinto, y así me abstengo de repetirla.

128 Las otras donaciones entre vivos, bien sean por dote, donacion *propter nuptias*, y por las otras causas que he indicado arriba, se reputan en primer lugar por legítima, y en el esceso por mejora de tercio y quinto, y la razon de diferencia consiste en que la causa de estas donaciones no se funda primaria y directamente en la predileccion y cariño del donante para con el donatario, sino en el motivo de procurar aliviar y subvenir á las necesidades y urgencias del donatario, para hacer menos penosa su suerte y situacion, y como vulgarmente se dice que en las necesidades ninguno se presume liberal, se cree que semejantes donaciones se han hecho, no con el fin de aumentar los bienes del hijo al tiempo de la division, sino de anticiparle y adelantarle la parte que entonces le habia de caber.

129 En cuanto á la donacion remuneratoria se ha visto, segun he manifestado arriba, refiriendo la opinion de Juan García, que este autor considera esta donacion en la clase de aquellas que vulgarmente se llaman por causa, y por lo tanto opina que debe reputarse en primer lugar en la legítima, y en el esceso por mejora; pero si atendemos á las razones que arriba se han sentado para establecer la diferencia que media entre las donaciones de que habla la ley 26 y la 29, no será dificil de convenir que la donacion remuneratoria debe considerarse en la misma clase que aquellas de que habla la ley 26, á causa de que el ánimo y fin del donante se presume que es de agradecer y recompensar los servicios del donatario, y como no puede verificarse este agradecimieto y recompensa dándole úni-

camente lo que le era debido por su legítima, es forzoso persuadirse que el ánimo y mente del donante fue el de que esta donacion se imputase en primer lugar en la mejora de tercio y quinto, y el esceso en la legítima.

130 De este dictámen viene á ser don José de Retes en el capítulo 3.º de su tratado de donaciones, fundado en la doctrina de santo Tomás en la 2.2., cuestion 106, art. 5.º y 6.º ad 2., en donde enseña que la deuda y obligacion que proviene de pacto ó promesa obliga de justicia; pero la que dimana de gratitud obliga por honestidad solamente, y grava el pudor, pero no la conciencia, segun afirma en la cuestion 107, art. 1.º

131 Resumiendo, pues, esta doctrina, propongo como regla cierta y segura para la verdadera inteligencia de la ley 26 y 29, que tanto han ocupado el ingenio y atencion de los comentadores nacionales, que toda donacion que se haga por última voluntad por contrato entre vivos, por remuneracion de servicios, ó que primariamente dimana del afecto y cariño del donante para con el donatario, que es la simple, se debe reputar en primer lugar por mejora de tercio y quinto, y en el esceso por legítima, y que todas las demas donaciones que se hacen con motivo de aliviar y socorrer las necesidades del donatario, aunque intervenga obligacion legal en el donante de hacerlas, como sucede en la dote que el padre debe dar á la hija, ó no medie semejante obligacion, como acontece en las otras que se han referido arriba de donacion *propter nuptias &c.*, deben considerarse en primer lugar como legítima, y en el esceso como mejora de tercio y quinto.

132 Admira que una esposicion tan clara, sencilla y conforme á la espresion literal de la ley 26 y 29 se ocultase á un hombre tan docto, instruido y juicioso como el señor Covarrubias, quien en el capítulo 18 *de testamentis*, §. 2.º, número 16, hablando de estas dos leyes, afirma de la 26 que por esta se dispone que la donacion simple hecha á un hijo por su padre no se le impute en la legítima sino por mejora de tercio y quinto, siendo así que en dicha ley 26 únicamente se habla de las donaciones hechas en última voluntad, ó por contrato entre vivos, que unas y otras esencialmente son distintas de la donacion simple, ó que proviene de mera liberalidad; y resumiendo la disposicion de la 29, afirma que por ellas se mandan traer á colacion la dote y donacion *propter nuptias*, y las demas donaciones, cuyas últimas palabras dice que deben entenderse de las donaciones que se hacen por causa, ó de aquellas que no fueron válidas al principio, ó de las que se imputan en la legítima, dando por razon que de este modo concordó dichas leyes Rodrigo Suarez, de que infiere al número 18 que por derecho real, las donaciones simples hechas por un padre al hijo, ni se imputan regularmente en la legítima, ni se traen á colacion (¿cómo podrá, pues, conocerse si esceden del valor de tercio y quinto y legítima?), y concluye se hace manifiesto que por derecho real la mejora de tercio y quinto no se debe traer á colacion, de que dice han dudado la mayor parte de los intérpretes de las leyes de Toro, escepto Cifuentes, en cuya esposicion se ve la poca seguridad de este sabio escritor en fijarse en la verdadera inteligencia de las leyes 26 y 29, como se convence de los varios medios de que se vale para conciliarlas, en que manifiesta la desconfianza que tenia de ellos, porque la verdad no es mas de una.

133 Entre los cuales uno, es decir, que las donaciones deben entenderse de las que se hacen por causa, y segun derecho se imputan en la legítima; y como se ha hecho ver arriba que todas las donaciones se hacen por alguna causa, pretenden que la ley habla de las donaciones que se hacen por causa, es en realidad no decir nada, y es dar por razon porque sí, ó porque no.

134 Otro medio es, que se ha de entender que la ley habla de aquellas donaciones que desde el principio fueron nulas; pero si eran nulas parecia que no podian imputarse en la legítima ni en la mejora de tercio y quinto, por la regla que establece que lo que es nulo desde el principio no se hace válido con el tiempo; pero supongamos que las donaciones que han sido nulas se convaliden por la muerte del donante, pues de otro modo no podrán imputarse ni en legítima ni en mejora, esta convalidacion, ó se ha de retraer al tiempo en que se hizo la donacion, segun se dispone en la ley 25, C. *de donationibus inter virum, et uxorem*, ó ha de principiar desde la muerte del que la hizo. Si se dice lo primero, esto es, que la donacion

se retrotrae al tiempo en que se hizo, se vuelve á preguntar, ó la donacion en este caso es simple ó por causa: si se dice lo primero, no debe traerse á colacion, segun los principios del mismo autor; y si lo segundo, esto es, de que es donacion por causa, entonces ha sido inútil el medio é inteligencia que se ha pretendido dar á la ley 29, de que debe entenderse de las donaciones que al principio son nulas, porque se viene á parar en que si se convalidan han de ser ó simples ó por causa; las primeras no se confieren, y las segundas no se dice las que son.

135 Si la revalidacion no se retrae al tiempo en que se hizo la donacion, sino que empieza á surtir efecto desde la muerte del donante, es preciso reputarla por donacion hecha por última voluntad, y en tal caso se tropieza con la decision de la ley 26, que ordena que las donaciones que se hacen por testamento, ó por cualquier otra última voluntad, se tengan por mejora de tercio y quinto, y de consiguiente no pueden, segun la opinion comun de estos autores, ni traerse á colacion, ni imputarse en la legítima.

136 Por último, dice que se ha de entender que habla la ley de aquellas donaciones que se imputan en la legítima; pero con esto nada se adelanta, pues como se ha dicho arriba, tratándose de saber de qué donaciones habla la ley 29 cuando sujetó á su disposicion las demas donaciones, no señalándose y especificándose cuáles sean estas, decir que son de las que se imputan en la legítima es dejar la duda en la misma incertidumbre en que estaba. Lo dicho se entiende siempre que el donante no esprese otra cosa, pues en tal caso se estará á su voluntad, segun se previene en la auténtica *ex testamento*, C. *de collationibus*.

137 Como la dote y donacion *propter nuptias* y otras pueden ser inoficiosas, esto es, que escedan del valor de la legítima y tercio y quinto de mejora, pasa la ley á señalar y fijar el tiempo á que debe atenderse para conocer si dichas donaciones son inoficiosas, y contrayéndose á la dote dispone que para regular si la dote es inoficiosa se ha de elejir uno de dos tiempos, á saber, ó en el que la dote fue constituida ó prometida, ó en el de la muerte del que la dió ó prometió, teniendo consideracion al valor de los bienes del padre en uno de dichos tiempos, como mas quisiere el que refirió la dote.

138 Siendo esta eleccion de tiempos dirijida únicamente en favor de las hijas, se hace preciso advertir que el tiempo para hacer la eleccion ha de ser el de la muerte del padre, pues de otro modo no podia conocer la hija si le convenia mas elejir el tiempo en que se le constituyó la dote para regular el valor de los bienes del padre, ó el de su muerte.

139 Tambien se ha de tener presente que concedida á las hijas por la ley esta eleccion de tiempos, no debe tenerse por inoficiosa la dote, aunque al tiempo de la muerte del que la constituyó escediese del valor de la legítima y tercio y quinto, con tal que al tiempo que fue constituida dicha dote no fuese de mayor valor del que le corresponderia por la legítima y tercio y quinto, teniendo consideracion al valor actual de los bienes del padre cuando constituyó la espresada dote, pues si no eran diferentes los valores de los bienes del padre en estos dos tiempos, era ocioso que se les concediese á las hijas el privilegio de que pudiesen elejir cualquiera de los referidos tiempos para regular el valor de los bienes del padre si estos habian de permanecer sin aumento ni disminucion en su valor y estimacion.

140 Sentados estos antecedentes y principios, se sigue por una consecuencia necesaria que aun cuando los demas hijos sufran perjuicio en sus legítimas por haberse disminuido los bienes del padre despues que dió ó constituyó la dote que comprendia la legítima y tercio y quinto de mejora, se sostendrá sin disminucion la espresada dote por no ser inoficiosa con respecto al valor que tenian los bienes del padre al tiempo que la constituyó ó prometió.

141 Reconociendo la legitimidad de esta consecuencia Ayora en la parte 3.ª, cuest. 27, número 29, afirma que la decision es dura, pero no puede menos de conformarse con ella, porque así está escrita, segun la ley 12, §. 1.º, ff. *qui, et á quibus man. lib.*

142 Olvidado Ayora de lo que tan recientemente habia dicho en la cuestion 27 citada, afirma en la 28, número 100, al fin, que en el caso que despues de dotada la hija le naciesen mas hijos al padre, la eleccion que se le concede por la ley se ha de entender con respecto al valor de los

bienes del padre, admitidos antes los acreedores futuros necesarios, por lo que entiende los hijos nacidos posteriormente, que es lo mismo que decir que la hija usará en este caso de la eleccion de uno de los dos tiempos que le concede la ley, con tal que no perjudique á sus hermanos posteriormente nacidos en la legítima, cuya asercion es diametralmente opuesta á lo que habia dicho en la cuestion 27.

143 En esta cuestion 27 figuró el caso de que un padre tenia cuatro mil ducados y cuatro hijos; dotó á la hija en mil; y habiéndose disminuido notablemente los bienes paternos, sostiene que la hija se podrá quedar con lo que importaba su legítima, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo que le dió la dote, aunque de este se origine que los demas hermanos salgan perjudicados en el todo ó en parte de su legítima.

144 En la cuestion 28 supone el caso de que despues de haber dotado el padre á una hija única en seis mil ducados, se volvió á casar y tuvo dos hijos, en cuyo caso afirma no debe usar la hija de la eleccion de los dos tiempos que se le concede por la ley, si ha de resultar perjuicio á sus hermanos en la legítima.

145 Como no propone la razon específica de esta resolucion, no es fácil adivinar en qué la funde, pues entre uno y otro caso, si hay alguna diferencia que pueda tenerse por substancial para el intento, no es otra sino la de que en el primero los hijos eran ya nacidos cuando el padre dotó la hija, y en el segundo estaban por nacer; pero esta diferencia no debió moverle para variar sus decisiones, pues á la verdad es dificil de comprender, y aun mas de probar que los hijos por nacer tengan un derecho mayor á sus legítimas que los ya nacidos. Si acaso se pretende decir que cuando el padre dotó la hija no pensó en que habia de tener mas hijos, y que si hubiera tenido presente esta consideracion no la hubiera dotado en esta cantidad, de que se infiere que su ánimo no fue perjudicar á los hijos que posteriormente le naciesen, igualmente podria decirse que cuando el padre dotó á la hija en los mil ducados no tuvo presente que se le habian de disminuir los bienes, y que á haberlo considerado asi no la hubiera dotado en dicha cantidad: si en este caso la inadvertencia ó inconsideracion del padre no constituye inoficiosa la dote por haberse disminuido sus bienes, ¿qué razon puede haber para que igual inadvertencia é inconsideracion haga inoficiosa la dote en el caso de la supervenencia de los hijos?

146 Las demas razones que alega de que la dote, segun la pragmática de Madrid de 1534, no puede esceder del valor de la legítima, y que esta no se puede regular ni saber á lo que asciende hasta la muerte del testador, son igualmente adaptables al otro caso, y podian ser de algun peso y consideracion si la ley 29 no concediere espresamente á la hija la eleccion de uno de los dos tiempos, cuya facultad no está derogada por la pragmática de Madrid, como manifestaré despues.

147 En la suposicion, pues, de que la pragmática de Madrid no corrige la ley de Toro en cuanto á la facultad de elegir uno de dos tiempos, aunque resulte que la hija, eligiendo para sacar su legítima el tiempo en que fue dotada, saque mas de lo que le correspondia, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, no se puede decir que sale mejorada, porque todo lo que lleva es meramente por razon de su legítima, teniendo consideracion al tiempo en que fue dotada: asi como antes de la pragmática la hija podia elegir el tiempo en que se la dotó para sacar su legítima, tercio y quinto de mejora, sin que le sirviese de obstáculo el que por haberse disminuido los bienes del padre se verificase que la hija llevaba por su legítima doble cantidad que la que le correspondia, con consideracion á lo que valian los bienes del padre al tiempo de su muerte, sin que por esto se pudiese decir que llevaba dos legítimas ó mejoras, sino una sola, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo que constituyó la dote, del mismo modo despues de la pragmática se debe decir que aunque lo que lleve la hija por su legítima, eligiendo el tiempo en que fue dotada, sea una cantidad tan considerable que equivalga á la mejora de tercio y quinto con consideracion al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, no se contraviene á la decision de la pragmática, porque lo que lleva la hija en este caso no es por razon de mejora, sino únicamente por su legítima con respecto al tiempo en que se la dotó.

148 La consecuencia que saca Ayora del lugar que cita de Gregorio Lopez en

apoyo de su opinion no es legítima y arreglada, como se convence si se consulta á dicho autor en la ley 8.ª, tít. 4.º, partida 5.ª, glosa 4.ª, en donde despues de referir Gregorio Lopez el caso que propone don Juan Bernal Diaz de Lugo, obispo de Calahorra, que es el de la presente disputa, y poner la resolucion de dicho prelado, reducida á que por el nacimiento de hijos se revoca la dote que habia dado el padre á una hija única en la parte que baste para que sus hermanos no sufran perjuicio en sus legítimas, da su dictámen el espresado Gregorio Lopez por estas palabras: *cui ego in hoc non assentio*, fundando su dictámen en que como es el padre el que hace dicha donacion, no se ha de tener como mera ó simple, sino por donacion por causa.

149 Supuesto que la facultad de elegir uno de los dos tiempos que se concede por la ley á las hijas es un beneficio que se les dispensa por razon de su sexo, no debe estenderse dicha facultad á las donaciones que se hacen á los hijos, como en términos espresos lo declara la ley en sus últimas palabras.

150 Es indudable que la pragmática de Madrid de 1534, que está inserta en la ley 1.ª, tit. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, corrigió en todo ú en parte la disposicion de la presente ley, por lo que parece conveniente y oportuno notar los puntos en que padeció alteracion ó corrupcion.

151 Permite esta ley que las hijas por razon de casamiento puedan ser mejoradas espresa ó tácitamente en las dotes que les dan ó prometen sus padres, y tambien les concede la facultad de que puedan elegir uno de dos tiempos, ó en el que se da ó promete la dote, ó en el de la muerte del padre para que puedan regular el valor de la dote ó donacion.

152 En cuanto á la facultad de mejorar tácita ó espresamente á las hijas por contrato entre vivos no cabe la menor duda en que la pragmática derogó la disposicion de la ley de Toro, pues espresamente prohibe que ninguna hija pueda ser mejorada en tercio y quinto tácita ni espresamente por razon de dote ó casamiento por ningun contrato entre vivos. Resta, pues, examinar si en la facultad de elegir uno de los dos tiempos derogó igualmente la pragmática la disposicion de la ley.

153 Para dar á la resolucion de esta duda la posible claridad se ha de tener presente que en la peticion que hicieron las cortes de Madrid en el referido año se suplicó á S. M. que las dotes que en estos reinos se dieren no puedan ser mas de la legítima que le vendria á la dotada si entonces se partiesen los bienes del dotador, y que si de hecho mas se mandare ó recibiere, público ó secreto, directe ó indirecte, por el mismo caso pase el derecho de la demasía á los herederos; esto sin perjuicio de lo capitulado ó contratado hasta ahora.

154 Por esta peticion, que parece fue la centésima, se echa de ver que la solicitud de las cortes se dirigió á que no se pudiese dar en dote á las hijas mayor cantidad que la que les corresponderia por su legítima, si entonces se hubiesen de partir ó dividir los bienes del dotador. De esta solicitud necesariamente se seguia quitar al padre la facultad de estender la dote á mayor cantidad de la que correspondia á la hija por su legítima al tiempo que se le constituia ó prometia la dote, y de consiguiente quedaba el padre imposibilitado de poderla mejorar en vida.

155 La pragmática, conformándose con la voluntad de las cortes en cuanto á que la hija no pudiese ser mejorada en vida por via de dote, prohibió espresamente que se la pudiese mejorar tácita ó espresamente; pero no tuvo por conveniente adoptar la regla que proponian las cortes de que la dote no pudiese esceder de lo que correspondia á la hija por su legítima, si entonces se hubieran de partir los bienes del padre, y estableció por norma para la regulacion de la legítima la renta que producian los bienes del padre al tiempo que entregaba ó prometia la dote en la forma siguiente. Que cualquiera que tuviere doscientos mil maravedís de renta, y de ahí arriba hasta quinientos mil, pueda dar á cada una de sus hijas hasta un cuento: que el que tuviere menos de doscientos mil maravedís de renta no pueda dar en dote mas de seiscientos mil: que el que pasare de quinientos mil maravedís hasta un cuento, y cuatrocientos mil de renta, pueda dar un cuento y medio en dote: que el que tuviere cuento y medio de renta y de ahí arriba pueda dar en dote á cada una de sus hijas la renta de un año, con tal que no pueda esceder de doce cuentos de maravedís, aunque la renta de un año sea mayor de los

doce cuentos en cualquiera cantidad.

156 Por poco que se reflexione se echará de ver la ninguna proporcion y regularidad que guardan estos cómputos, bien sea entre sí, ya con respecto al número de hijas ó consideracion de los bienes del padre y al número de hijos que han de partir su herencia. Seria fuera de propósito detenerme á hacer una demostracion de cada una de las proporciones que dejo indicadas; pero no puedo dejar de insinuar lo falibles y contingentes que son las rentas que provienen de cualquier clase de bienes para determinar fijarlas y regularlas para que las hijas pudieren ser mejoradas tácita ni espresamente en contrato entre vivos por razon de dote: quedó abolida y derogada la ley de Toro en la parte que concedia á la hija la facultad de elegir uno de los dos tiempos para regular si la donacion que le habia hecho su padre por causa de dote era ó no inoficiosa, pues aun cuando se pretenda limitar el valor de la dote al de la legítima, sin emprender el esceso ó mejora de tercio y quinto, se incurriria en el inconveniente de que si el valor de la legítima con respecto al tiempo en que se dió la dote era mayor que el que correspondia al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, la hija en tal caso saldria mejorada por contrato entre vivos, á causa de que llevaba mas de lo que le correspondia por razon de legítima, lo que espresamente está prohibido por la pragmática.

157 Se dirá contra esto que igual inconveniente se sigue de la disposicion de la pragmática cuando lo que ha recibido la hija con arreglo á la tasa escede de lo que le correspondia por razon de su legítima, atendido el valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte; pero se debe responder que lo uno lo permite la ley, que es la pragmática, y lo otro lo prohibe, habiendo derogado la disposicion de la ley de Toro.

158 Pedro Avendaño en la parte 1.ª, cap. 14, número 5.º y siguientes, *de exequendis mandatis*, trata esta misma duda, y resuelve que segun la pragmática se podrá verificar que la hija salga mejorada en alguna parte cuando la dote que se la dió con arreglo á la tasa escedió de lo que le corresponderia por su legítima con respecto al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte.

159 Baeza en el cap. 3.º, número 7.º *de non melior. &c.*, se declara por la opinion contraria, é impugna la sentencia de Avendaño, fundándose en que la hija no podia ser mejorada por razon de dote, segun la pragmática, sin hacerse cargo de las razones que se han espuesto arriba en confirmacion de la opinion de Avendaño. A esto se aumenta que las razones de que se vale Baeza para apoyo de su sentencia, realmente destruyen la disposicion de la pragmática en la parte que establece la tasa para la dote con respecto á la diversidad de las rentas del padre, y de consiguiente esta parte de la pragmática queda inútil é importuna, y de ninguna utilidad al intento para que se hizo, y en el conflicto de uno de dos estremos de tener por inútil la disposicion de la pragmática en la parte que establece la tasa, ó de admitir que en algun caso la hija salga mejorada, el respeto que se merece la decision del Soberano, consultada con los tribunales de provincia, y con su Consejo real, exige que se admita mas bien el segundo estremo que el primero.

160 Aun cuando la pragmática se hubiera conformado con la propuesta ó peticion de las cortes se verificaria que la hija en algun caso podria quedar mejorada, pues habiendo sido la peticion que la dote no pudiera ser mayor de lo que corresponderia á la hija por su legítima, si entonces se dividieran los bienes del padre, cuando estos se hubieran disminuido hasta su muerte, se verificaria que la hija llevaba mayor dote que la que le correspondia por su legítima con respecto al valor de los bienes del padre al tiempo de su muerte, y de consiguiente salia mejorada.

161 Sea cual se quiera la observancia que haya tenido la decision de la pragmática en la parte que señala la tasa para que la dote no se tenga por inoficiosa al tiempo de su entrega (que acaso habrá sido ninguna), no puede negarse que estos cómputos, fundados en hechos inciertos y contingentes, no son los mas á propósito para fijar en ellos la resolucion de las leyes; y asi se ve que comunmente solo se hace uso y rige esta pragmática en la parte que prohibe que la hija sea mejorada tácita ó espresamente en contrato entre vivos por razon de dote.

Ley XXX de Toro ; es la 13 , *tít.* 6.°, *lib.* 5.° *de la Recopilacion.*

La cera y misas é gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del testador y no del cuerpo de la hacienda aunque el testador mande lo contrario.

COMENTARIO

á la Ley 30 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que las misas y demas gastos del entierro se saquen con las demas mandas graciosas del quinto de los bienes del difunto, y no de lo restante de la herencia, aunque el testador haya mandado lo contrario.

2 La disposicion de esta ley se limita y contrae al caso de que el testador tenga hijos ó descendientes legítimos, que es cuando solo se le permite disponer libremente del quinto de sus bienes, por ser las restantes partes de la herencia, legítima de los hijos ó descendientes, á los que no puede perjudicar en la parte que le corresponda por su legítima, que se ha dicho ya arriba son las ocho décimas quintas partes de los bienes forzosa y necesariamente, y la legítima libre son las cuatro décimas quintas partes, las que se llaman legítima libre, porque el testador puede dejarla ó á uno de sus herederos ó á cualquiera de sus descendientes, aunque no lo sea.

3 Como el testador no podia disponer de mas del quinto de sus bienes teniendo hijos descendientes, resultaba la duda de si los gastos de entierro se habian de sacar del quinto ó del restante cuerpo de la herencia, y para resolverla y poner en claro lo que debia observarse en este punto se estableció la presente ley, por lo que resolvió que los gastos del entierro se costeasen del quinto de sus bienes, cuyos gastos tienen la preferencia á las demas mandas graciosas, y esa es la causa por qué cuando se lega el quinto se dice con toda propiedad que se le manda el remanente del quinto, que es decir, aquella porcion de bienes que restan del quinto despues de satisfechos los gastos del entierro.

4 Suscitan los comentadores la duda de si por esta ley se derogaron la 45, ff. *de relig. et sumpt*, la final, §. 9.°, C. *de jure delib.*, la 12, tít. 13, partida 1.ª, y la 30, tít. 13, partida 5.ª, que espresamente dan la preferencia ó prelacion á la deuda dimanada de los gastos del entierro á todas las demas del difunto, y unos, como regularmente sucede, se declaran por la afirmativa, y otros por la negativa; pero sin embargo aunque á primera vista aparece se negó al acreedor del funeral la preferencia que las leyes civiles y reales le concedian para cobrar su crédito con prelacion á todos los demas de la herencia, si la materia se examina radicalmente y por principios es indispensable reconocer que la presente ley en nada alteró las disposiciones de ambos derechos en este punto.

5 Se ha de suponer que la ley habla del caso en que el testador tenga hijos ó descendientes legítimos, pues en este solo caso es cuando se le coartan sus facultades para que no pueda disponer entre estraños de mas del quinto de sus bienes. Sentado este principio como indudable se viene en conocimiento cierto de que la disposicion de la ley tuvo por único objeto el precaver que el testador perjudicara á sus hijos ó descendientes en parte de su legítima, y para esto señaló el quinto para los gastos del entierro en términos que nunca pudiesen esceder de su valor.

6 Ahora bien, si el fin de la ley fue conservar íntegra su legítima á los hijos ó descendientes del testador, es á todas luces claro que su disposicion se dirigió únicamente á favor de sus hijos ó descendientes, y que de consiguiente nada alteró ni innovó el derecho de prelacion que las leyes romanas y reales concedian al acreedor de los gastos del funeral respecto de los demas acreedores, ni era del caso que la ley tratase de dar ó quitar la preferencia al acreedor del funeral cuando hablaba de un caso en que no podia tener lugar la prelacion, ni era de alguna utilidad, porque supone que ya se habian satisfecho las deudas del difunto, y que de los restantes bienes se habia formado la division de la legítima y del quinto, y la preferencia ó derecho de prelacion solo es útil y aprovecha cuando los bienes del deudor no bastan á satisfacer á los acreedores, y por esta razon se pide como requisito previo en los juicios de cesion de bienes y de concurso de acreedores que el cedente y concursante presente lista de todos sus acreedores, con espresion de la cantidad que á ca-

da uno debe, para que cotejadas las deudas con el valor de sus bienes, se venga en conocimiento de que estos no son suficientes á la satisfaccion de aquellos, y precaver que el concurso no sea malicioso, fraudulento y simulado, como lo afirma el señor Salg., parte 1.ª, C. 1.º, número 21 del laberinto de acreedores, y lo mismo habia dicho antes el Cancerio en la parte 2.ª, cap. 9.º, número 29 de sus varias resoluciones, y la *curia filip.* en la parte 2.ª, §. 25, número 8.º, hablando de la cesion de bienes, y por lo tanto no puede tener lugar la prelacion sin concurso, Salg., parte 1.ª, C. 3.º, número 7.º, y C. 11, número 17.

7 Supuesto que la disposicion de esta ley se limitó al caso de que el testador tuviese hijos ó descendientes legítimos, como se ha hecho ver arriba, y lo convencen las palabras de la ley, se infiere por una consecuencia legítima que cuando el testador no dejaba hijos ó descendientes legítimos en nada se alteró el derecho de prelacion que competia al acreedor del funeral, y de consiguiente aun cuando por la ley de Toro se hubiera derogado el derecho de prelacion que las leyes romanas y reales concedian al acreedor del funeral, limitándose la ley á un caso particular, no era absolutamente cierto que generalmente habia derogado dicho derecho en todos casos, como asi lo reconoce Gomez en el Comentario á esta ley, donde espresamente dice que en el dia nada se ha innovado por ella, no habiendo dejado el testador hijos ó descendientes legítimos.

8 Es tan constante que la presente ley por disponer en un caso en que no podia tener lugar la prelacion no alteró ni innovó las resoluciones anteriores, que Diego Gonez en la nota que pone al Comentario de Gomez, sin embargo de haber sentado en la nota de la letra B que la ley de Toro habia corregido el derecho de prelacion, tratando en la nota de la letra D del caso en que el testador hubiera dejado tan cortos bienes que apenas bastasen para satisfacer los gastos del entierro, reconoce y confiesa que aun cuando tuviese hijos deberia satisfacerse los gastos del entierro como privilegiados ante todas cosas, y ser preferidos, y á las demas deudas y acreedores, y este dice es el verdadero sentido é inteligencia que debe darse á la ley.

9 No quitó segun esto la lay la preferencia que tenian los gastos del funeral cuando el testador no tenia suficientes bienes para satisfacer sus deudas, sino que señaló y limitó la cantidad que podia invertirse en el entierro cuando el testador dejaba bienes para repartir entre sus hijos despues de satisfechas sus deudas, en cuyo caso de ningun provecho ni utilidad era la preferencia.

10 En lo que ciertamente la ley de Toro fue derogatoria de la ley 12, tít. 13, partida 1.ª, es en la parte que prevenia dicha ley que los gastos del entierro se sacasen del cúmulo de los bienes del testador antes que se satisfagan las mandas ó las deudas, y antes que los herederos partan su haber, pues no distinguiendo entre herederos forzosos ó estraños, es claro que á todos comprendia la resolucion, por la que se sacaban los gastos del funeral antes que los herederos dividiesen la herencia y percibiesen sus legítimas, y la presente ley quiere que esta division preceda al pago del funeral por el hecho de mandar que se saque del quinto.

11 Como la disposicion de esta ley principalmente se ordena á precaver que no se perjudique á los herederos legítimos en la parte de herencia que les corresponde, siendo tan legítimos herederos los ascendientes de sus descendientes, como estos de aquellos, es claro que cuando los ascendientes sean herederos de sus descendientes, como lo previene la ley 6.ª de Toro, se observe con ellos esta misma disposicion, sin otra diferencia que la de haberse de sacar los gastos del funeral del tercio de sus bienes, del que se le concede poder disponer en favor de los estraños por dicha ley 6.ª en lugar del quinto de que habla la presente, porque trata de la sucesion de los descendientes, como lo advierte el señor Covarrubias en el cap. 18 *de testamentis*, §. 3.º, número 4.º, y Angulo en la ley 13, glosa 3.ª, número 7.º

12 Los gastos del entierro que se han de sacar del quinto son los que se hagan en costear la cera, limosna de misas y de la sepultura, como se espresa en la ley, en la que no deben comprenderse los que hagan los hijos y muger en vestirse de luto, como lo convence Ayora en la parte 2.ª, cuestion 12, número 23 y 24, debiéndose advertir que los gastos del funeral han de ser regulados segun las circunstancias de la persona por quien se hacen, como se previene en la ley 12, tít. 13, partida 1.ª

Ley XXXI de Toro; es la 5.ª, tít. 4.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Porque muchas veces acaece, que algunos porque no pueden, ó porque no quieren facer sus testamentos, dan poder á otros que los fagan por ellos: é los tales comissarios facen muchas fraudes y engaños con los tales poderes, estendiéndose á mas de la voluntad de aquellos que se lo dan: porende por evitar los dichos daños, ordenamos é mandamos que de aqui adelante el tal comissario no pueda por virtud del tal poder hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoria del tercio ni de quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos, ó descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar ni pupilar, ni ejemplarmente, ni hacerles substitucion alguna de cualquier calidad que sea, ni pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador; salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para facer alguna cosa de las susodichas: en esta manera el poder para façer heredero nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario faga heredero y en cuanto á las otras cosas señalando, para qué le da el poder, y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló é mandó, y no mas.

COMENTARIO

á la Ley 31 de Toro.

1 Dispone la presente ley, que muchas veces porque algunos no pueden ó porque no quieren hacer testamento dan poder á otros para que lo hagan por ellos, de que resulta muchos fraudes y engaños, para evitarlos, que el comisario no pueda en virtud del poder nombrar heredero en los bienes del testador, ni hacer mejora de tercio ni de quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni les pueda substituir vulgar ni pupilar ni ejemplarmente, ni de otra cualquier forma que sea, ni tampoco pueda dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, á no ser que el que le dió poder para hacer el testamento especialmente le concedió facultad para hacer alguna cosa de las referidas; á saber, espresando en el poder para nombrar heredero el nombre de la persona á quien se ha de nombrar; y en cuanto á las otras cosas manifestando aquello para que le dé el poder, en cuyo caso pueda el comisario hacer lo que especialmente se le señaló y mandó, y nada mas.

2 Supone la ley que el que no puede hacer testamento, puede dar poder para que otro lo haga en su nombre, y como no se detienen los comentadores en manifestar de qué impotencia habla la ley, se hace indispensable hacer alguna esposicion en este particular. En primer lugar no puede ser esta impotencia de la que proviene de enagenacion de potencias, como acontece en el furioso, mentecato y fátuo, á quienes las leyes, asi civiles como reales, los hacen intestables, y se incurriria en el absurdo y contradiccion de que careciendo de juicio para hacer su testamento, tuviese la discrecion y prudencia correspondiente para dar poder á otro que lo hiciese por él.

3 Tampoco puede entenderse la imposibilidad que supone la ley de la impotencia legal en virtud de la cual se les prohibe poder testar á los menores de catorce años, á los siervos, á los cautivos, á los monges profesos, pródigos &c., porque cederia en un conocido fraude de la ley que pudiese hacer testamento por medio de otro el que no podia hacerlo por sí, contra la regla 62 del derecho *in* 6.º, que establece que lo que uno no puede por sí, no le es permitido hacerlo por medio de otro.

4 No siendo pues la impotencia de que habla la ley ni mental en el sentido esplicado, ni legal, corresponde decir que es la impotencia moral originada de las congojas y angustias de la enfermedad, que no deja al doliente la tranquilidad y sosiego natural para dictar su testamento, en cuyas circunstancias lo habia de ejecutar por sí, con notable trabajo y penalidad, ó á causa tambien de la cortedad del tiempo, por ser ejecutiva la enfermedad, ó por estar sentenciado á muerte el que habia de testar: en suma, la impotencia de que habla la ley no se ha de entender absoluta, sino respectiva, que le impide se ejecute el auto sin mucho trabajo é incomodidad.

5 Supone tambien la ley que de resultas de los poderes que unos dan á otros para que haga el testamento por ellos se cometen muchos fraudes y engaños por los comisarios, estendiéndose sus facultades á

mas de lo que querian los que les dieron el poder, y á fin de remediarlos y precaverlos en parte en lo sucesivo, ordena y establece el modo y forma con que se han de conceder los poderes, y el uso que han de hacer de ellos los comisarios.

6 En primer lugar señala y espresa las cosas que no puede hacer el comisario en virtud del poder que se le haya conferido para hacer testamento por otro, y á continuacion para poner la escepcion de la regla establecida, reducida en una parte á que en el poder para hacer heredero ha de espresar el que lo da el nombre de aquel á quien el comisario ha de nombrar.

7 Es constante que por derecho comun ó civil de los romanos no se permitió jamás que uno pudiese hacer testamento por otro, como lo persuade entre otras la ley 32 y 70, ff. *de heredibus instituendis*, y lo reconocen los autores que tratan de esta materia, y es la razon porque los testamentos no deben depender de otro arbitrio que de el del testador, como se indica en las leyes espresadas, y tambien en la 11, tít. 3.º, partida 6.ª, que alegando la misma razon, prohibe que uno pueda dar á otro poder para testar, y declara que seria nulo el nombramiento de heredero que hiciese otro en virtud del poder que se le habia conferido.

8 La primera ley que se halla en nuestro derecho real que haya concedido que uno pudiese dar poder á otro para que hiciese su testamento por él, es la 6.ª, tít. 5.º del lib. 3.º del fuero real, por la cual se declara que lo que haya dispuesto el que recibió el poder para hacer testamento sea válido y subsistente, como lo seria si lo hubiese ordenado aquel que le dió el poder, y supone tambien dicha ley que la causa de dar poder á otro para hacer testamento nace de que el que da el poder ó no quiere, ó no puede hacer por sí el testamento.

9 Como las leyes de las partidas, aunque posteriores á las del fuero, no tenian observancia sino en los casos no decididos por aquellas, se continuó observando la citada ley del fuero hasta el tiempo en que se formaron las leyes de Toro, como se convence por la presente, en que haciéndose cargo de los engaños y fraudes que cometian los comisarios de aquellos que por no poder ó no querer daban poder á otros para que hicieran por ellos sus testamentos, trató de remediar estos abusos, fijando y señalando el modo y forma con que se habian de conferir los poderes, y poniendo límites á las facultades de los comisarios.

10 En primer lugar dispuso, como se ha dicho ya, que en el poder para hacer heredero habia de espresar el que daba el poder el nombre del que habia de ser heredero, por cuya disposicion quedó en parte derogada la disposicion de la ley del fuero que permitia dar poder para nombrar heredero al arbitrio y voluntad del comisario, y se restableció tambien en parte la disposicion del derecho civil en cuanto á prohibir que el nombramiento de heredero se pudiese dejar al arbitrio y voluntad de otro.

11 Dispuso en segundo lugar que en virtud de los poderes para hacer testamento no pudiese el comisario mejorar en el tercio ó quinto de los bienes, ni desheredar á los hijos ó descendientes del testador, ni hacerles ninguna especie de substitucion, ni nombrarles tutor, á no ser que especialmente se le diese poder al comisario para hacer alguna de las cosas sobredichas, en cuyo caso ordena la ley que el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y nada mas.

12 Acerca de esta disposicion suscitan la duda los comentadores de si por ella se cometió á la voluntad del comisario la substancia de la disputacion de la disposicion, ó solo la eleccion ó nombramiento de la persona.

13 Para mayor claridad de esta materia se ha de suponer que cuando el testador dice, por ejemplo, mejoro á aquel de mis hijos que eligiese el comisario, ú ordena que se haga la mejora á aquel hijo que nombrare el comisario, hace la eleccion de la persona del hijo que ha de ser mejorado; pero cuando el testador dice que concede al comisario la facultad de mejorar al que le pareciere de sus hijos, no solo se le concede la eleccion de la persona, sino tambien la substancia de la disposicion, porque no se le manda que haga la mejora como en los casos de arriba, sino que se deja á su voluntad el que la haga ó no, como asi lo reconoce el señor Covarrubias en el cap. 13 *de testamentis*, número 14, á quien sigue Tello Fernandez en el número 2.º del Comentario de esta ley §. *ex inde*, y al fin del número 7.º, y mas latamente el señor Castillo en el lib. 2.º,

controversiarum, cap. 6.º, desde el número 51, en donde refiere á la letra la esplicacion que hace de este punto Rodrigo Suarez en el tratado *de captatoria voluntate*, número 14.

14 Tambien se ha de tener presente que por derecho comun de los romanos le era permitido al testador cometer á un tercero la eleccion de la persona á quien se dejaba el legado ó fideicomiso, pero no la substancia de la disposicion, como claramente lo persuaden la ley 24 y 67, ff. *de legatis* 2.º, y la 7.ª, §. 1.º, ff. *de rebus dubiis*, en la que espresamente se ordena que si el testador despues de haber nombrado varios herederos le encarga á uno restituya al que le parezca de sus coherederos la parte de herencia que recibió de él cuando se muera, sea útil el fideicomiso, y da por razon el que no se ha puesto en el arbitrio del que ha sido rogado el que restituya ó no su parte de herencia, sino el que pueda elegir á quién se ha de restituir, porque dice la ley que hay una notable diferencia de cuando el testador encarga al heredero que dé, si quiere, ó cuando le impone la necesidad de dar, y solo le concede el arbitrio de distribuir ó de elegir la persona á quien ha de dar. Esta eleccion ó facultad de elegir que puede conceder el testador al heredero ó á un tercero, no es absoluta é indefinida para que pueda elegir la persona que le pareciere, sino limitada á hacer la eleccion entre cierto número de personas, como se convence de las leyes que quedan citadas, que suponen que la eleccion ha de ser de una persona incierta comprendida en ciertas y determinadas, como sucede cuando la facultad es para elegir á uno de los hijos ó nietos del testador, que son personas ciertas y determinadas, aunque es incierto en cuál de ellos recaerá la eleccion.

15 La ley 29, tít. 9.º, pat. 6.ª se conforma con las disposiciones que quedan citadas del derecho comun en cuanto á que aquellas mandas y establecimientos de herederos deben ser hechos segun la voluntad del testador, y no deben ser puestos en juicio ó placer de otro. Lo mismo dispone la ley 11, tít. 3.º de dicha partida en cuanto á que las mandas ó legados no se deben dejar al albedrío del otro.

16 Sentados estos antecedentes pasan los comentadores á esponer la resolucion de la presente ley, y pretenden unos que por ella se puede cometer la substancia de la disposicion al arbitrio de otro, y que se derogó en esta parte lo dispuesto por el derecho comun: así opinan Peralta en la ley 1.ª, ff. *de legatis* 2.º, Menchaca *de successionum creatione* lib. 2.º, §. 17, Matienzo en el Comentario á esta ley, glosa 3.ª; y el señor Castillo, en el capítulo citado número 59, se declara defensor de la espresada opinion.

17 Por el contrario Antonio Gomez en el número 4.º, Tello Fernandez al fin del número 7.º del Comentario á esta ley, opinan que por ella no se derogó lo dispuesto por el derecho civil en cuanto á que no se puede cometer la substancia de la disposicion á la voluntad de otro en los casos que comprende la disposicion de la ley: Gutierrez en el lib. 2.º, cuestion 42 de las civiles, es del mismo dictámen que Tello Fernandez, aunque el señor Castillo equivocadamente lo cita por su opinion en el número 58, pero en realidad espresamente sostiene en el número 3.º que por la ley de Toro no se cometió la instancia de la disposicion á voluntad de otro, sino solo la facultad de elegir, aunque se equivocó en pretender era lo mismo que dijera el testador, mejoro á uno de mis hijos, el que eligiese el comisario, que si dijera concedo facultad á este de mejorar á cualquiera de mis hijos, por lo que con razon lo nota en esta parte el señor Castillo al número 57; pero quien con mas esmero y solidez sostiene que por la disposicion de la ley de Toro ni se cometió al comisario la substancia de la disposicion en las mejoras, desheredaciones, substituciones y nombramiento de tutor, sino solamente la facultad de elegir, ni se derogó lo dispuesto por el derecho civil y real de partida en esta parte, es Carpio en el lib. 2.º, cap. 11 de su obra *de executoribus*, número 23 y siguientes, donde alega varios textos del derecho civil y canónico en apoyo de su opinion, la que corrobora con lo dispuesto en la ley 33 de Toro, en la que se ordena que la cosa que señaló el testador que habia de hacer el comisario, esté obligado este á hacerla, y sino lo hiciere sea habido como si la hubiera hecho, de que deduce legítimamente que el señalamiento de que habla la ley no es una mera facultad de hacer sin un precepto positivo de que haga, y de consiguiente no transfiere en el comisario la substancia de la disposicion, sino la eleccion de la persona ó eje-

cucion de la cosa, y lo mismo repite en el cap. 17 desde el número 6.º y siguientes.

18 Como esta opinion del Carpio y de los que se han citado por ella la tengo por mas fundada y conforme á la verdadera inteligencia que debe darse á la disposicion de la ley, haré algunas reflexiones sobre las palabras y espíritu de la misma ley en corroboracion de la opinion de Carpio.

19 Entre el poder para hacer heredero y el que se da para las demas cosas que comprende la disposicion de la ley, no hay otra diferencia, si atendemos á su letra M, que si en el poder para nombrar heredero no se transfirió la substancia de la disposicion en el comisario, tampoco se transferia en él poder para las otras cosas, pues, como se ha sentado, entre ambos casos no hace la ley mas distincion que nombrar en el primero la persona del heredero, y en el segundo dejar á la voluntad del comisario la eleccion de las personas que ha de nombrar.

20 Si acaso se pretende decir que en el hecho de nombrar el testador la persona del heredero se manifiesta que no comete á voluntad del comisario la substancia de la disposicion, se incurre en un manifiesto error, pues es muy compatible espresar la persona del heredero y cometer al arbitrio del comisario su nombramiento, como claramente se verificaria si dijese el testador doy facultad al comisario para que pueda nombrarme heredero si quisiere, y caso que lo nombre sea fulano de tal, en cuyo caso ciertamente se cometeria al comisario la facultad de establecer ó no heredero, que es la substancia de la disposicion, sin embargo de que se le señalase á quien habia de elegir si hacia el nombramiento de heredero.

21 Pero aun se persuade mas eficazmente con las mismas palabras de la ley, que asi el nombramiento de heredero como el señalamiento de las demas cosas que ha de hacer el comisario no es una mera facultad para que pueda hacerla ó no aun de voluntad, sino un mandato ó precepto positivo para que las haga, como se convence de la declaracion que hace la misma ley del significado del nombramiento de herencia, pues dice que el comisario ha de hacer á quien el testador le mandó que hiciese, de que se manifiesta que el nombramiento de heredero es un mandamiento positivo para que haga el comisario, y el señalamiento que hace de las otras cosas para que le da el poder tambien lo tiene la ley por un mandamiento positivo, pues dice que en virtud de este señalamiento ha de hacer el comisario lo que se le señaló y mandó, con que no se puede negar que el señalamiento fue en realidad un mandamiento, pues de otro modo no diria que hiciese lo que se le mandó, y para quitar toda duda junta la ley el señalamiento con el mandato, manifestando que no bastaba el mero señalamiento sino iba acompañado del mandato, y asi dice que el comisario ha de hacer lo que se le señaló y mandó.

22 Causa no pequeña admiracion que despues de referir el señor Castillo estas mismas palabras de la ley en el número 59, en que tan claramente se espresa el mandato hecho al comisario, tanto en el señalamiento de heredero como en el de las demas cosas, concluya en ademan de haber persuadido su intento diciendo: ves como por estas palabras solo se restringe la potestad del testador en cuanto á la institucion de heredero, para que esprese la comision su nombre; pero en las demas cosas todo se deja á la libre voluntad del comisario.

23 Todavia se persuade mas la certeza de la esposicion que se ha dado á la ley, si se reflexiona que en el poder en que señala el testador las cosas que ha de poder hacer el comisario ó se le manda que las haga ó no: si se dice lo primero es claro que no deja á su voluntad la substancia de la disposicion, y si lo segundo se incurre en la manifiesta contradiccion de que diga la ley que ejecute el comisario lo que se le señaló y mandó.

24 Tan generalmente está recibido por los autores esta esposicion, que no dudó afirmar Carpio en el lib. 2.º, cap. 17, número 17, que de todos los espositores de nuestro derecho español solo Peralta, Padilla, Menchaca y Matienzo sostienen que la última disposicion se puede cometer á voluntad agena, sin dar prueba alguna de su asercion, y solo el señor Castillo pretende fundar esta opinion con las palabras de la misma ley, con las que ya se ha visto se prueba todo lo contrario.

25 El argumento mas eficaz y conveniente de que por la ley no se conceda al testador que pueda cometer la substancia de la disposicion al comisario, se saca de la esposicion que dimos á la resolucion de la ley 19 en la parte que prohibe y ordena

que la facultad de señalar en cosa cierta la mejora de tercio y quinto no la pueda cometer el padre á persona alguna, porque no pudiéndose entender dicha prohibicion de la facultad general, como comunmente lo pretenden los comentadores, á causa de que seria un absurdo, segun allí manifestamos, llamar comision general la que se da para hacer una cosa específica y determinada, ni pudiendo tampoco entenderse dicha resolucion de la facultad especial, porque permitiéndose por la ley 31 que el testador pueda dar facultad al comisario para que elija una persona incierta de ciertas, se incurriria en el inconveniente y contradiccion de que por la ley 19 se le prohibiese el poder dar igual facultad al comisario para que eligiese bienes inciertos de ciertos para la mejora, porque entonces se seguiria que era de menos importancia la eleccion de la persona del mejorado que la de los bienes que habian de constituir la mejora, lo que seria un conocido absurdo; no pudiéndose, pues, aplicar á la decision de la ley 19 la distincion que intentan los comentadores de la comision general y especial, por ser absurda en su primer estremo, y contraria á la esposicion que generalmente se da por todos comentadores á la ley 31, solo resta decir que lo que se prohibe en la ley 19 es dar poder al comisario para que haga la substancia de la disposicion, que es la mejora juntamente con el señalamiento de cosa cierta en que se haya de verificar, y de consiguiente es preciso y necesario confesar que por la ley 31 se prohibe igual facultad de cometer á voluntad agena la substancia de la disposicion, porque de lo contrario estarian las dos leyes en una contradiccion manifiesta, lo que no se hace creible ni se debe presumir habiéndose formado ambas á un mismo tiempo.

26 Debe tenerse presente que aunque es cierto que por derecho civil el legado ó manda puede dejarse á arbitrio de otro, aunque no á voluntad agena, como lo disponen entre otras la ley 1.ª, ff. *de legatis* 2.º, y la 75, ff. *de legatis* 1.º, y no consta que en esta parte las leyes de partida 11, tít. 3.º, partida 6.ª, y la 29, título 9.º de la misma partida hayan derogado las disposiciones del derecho civil, pues segun el señor Castillo en el número 45 del lugar citado, la ley 29 indicada no innovó la disposicion del derecho civil, afirmando que permanece la diferencia entre arbitrio y voluntad despues de la referida ley, sin mas alteracion que el haber permitido la ley que el testador pudiese dejar el legado ó manda á la voluntad del heredero.

27 El Carpio despues de haber sentado, lib. 2.º, cap. 11, número 13, que el legado ó manda se puede dejar al arbitrio de un tercero, afirma al número 16 y siguientes que en esta parte el derecho real no alteró lo dispuesto por el derecho comun, y espone las dos leyes citadas de partida, pretendiendo que en ellas promiscuamente se toman por una misma causa, en lo que no me aparto de su dictámen, pero sin embargo aunque espresamente no se hace cargo de si despues de la resolucion de la presente ley de Toro permanece lo dispuesto por el derecho civil en cuanto á la diferencia entre arbitrio y voluntad, debe inferirse que suponia existente esta diferencia por el hecho de dejarla establecida por derecho civil, y afirmar que por derecho real de las partidas no estaba derogada; soy de parecer que en virtud de la decision de la presente ley de Toro quedó enteramente abolida esta distincion y diferencia entre arbitrio y voluntad, y que siempre que la substancia de la disposicion se cometa á un tercero se contraviene á la disposicion de la ley, que habla generalmente y no distingue entre dar comision á voluntad ó arbitrio ageno.

28 Pueden ser comisarios igualmente las mugeres que los hombres, como lo afirma el señor Covarrubias en el cap. 17 *de testamentis*, número 3.º, Gomez al número 6.º, y otros con Carpio, que confirma esta opinion con la ley 77, ff. §. 10, *Agellia, de legatis* 2.º, y con la 31, §. 1.º, *de adimendis legatis* en el lib. 1.º, cap. 7.º, número 14.

29 No debe parecer fuera de propósito advertir aquí que la prohibicion de dejar á voluntad agena la substancia de la disposicion, ni es ni debe llamarse voluntad captatoria, como vulgarmente lo afirman los autores; pues voluntad captatoria, segun Cujacio en el lib. 16, cap. 11 de sus observaciones, es aquella en virtud de la cual se deja alguna cosa á otro con la condicion de recibir algo de él ó de otro, y lo mismo afirma el señor Castillo en el lib. 2.º, capítulo 6.º, número 3.º, donde con referencia á otro autor dice que el vulgo de

los directores tiene por voluntad captatoria la disposicion que se comete á agena voluntad, y Carpio en el lib. 2.º, cap. 6.º, numero 18 y siguientes afirma lo mismo, espresando que los autores en este punto se han seguido unos á otros, á semejanza de las aves que vuelan, por lo que Decio, jurisconsulto, hablando de la facilidad con que los autores siguen las opiniones de los que les precedieron sin examinarlas, dice en el Consejo 499 *doctores nostri aves imitantur quia unam videntes anteire, inconsultò sequuntur.*

Ley XXXII de Toro; es la 6.ª, tít. 4.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Cuando el testador no hizo heredero, ni menos dió poder al commisario que lo ficiese por él, ni le dió poder para hacer alguna cosa de las dichas en la ley próxima, sino solamente le dió poder para que por él pueda hacer testamento, el tal commisario, mandamos que pueda descargar los cargos de consciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas é cargos de servicio, é otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el ánima del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare, é el remanente se parta entre los parientes que vinieren á heredar aquellos bienes abintestato: é si parientes tales no tuviere el testador, mandamos que el dicho comisario dejándole á la muger del que le dió el poder lo que segun leyes de nuestros reinos le puede pertenescer, sea obligado á disponer de todos los bienes del testador por causas pias é provechosas á la ánima del que le dió el poder é no en otra cosa alguna.

COMENTARIO

á la ley 32 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando el testador no nombró heredero ni dió poder para que lo nombrase el comisario, ni para hacer alguna de las cosas que se dijeron en la ley antecedente, y solo le dió poder para que pueda hacer testamento, en tal caso el comisario pueda descargar las obligaciones de conciencia del testador pagando sus deudas y cargos de servicios, y que pueda distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes que quedasen, pagadas sus deudas, y el remanente se divida entre los parientes que tuviesen derecho de heredarlo abintestato. Y si no tuviese parientes esté obligado el comisario á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas al alma del mismo, y no en otra cosa alguna, dejándole á su muger lo que segun leyes de estos reinos le pueda pertenecer.

2 Esta ley debe considerarse como una esposicion ó declaracion del capít. 13 *de testamentis* de las decretales; para convencimiento de esta verdad conviene tener presente el caso que en dicho capítulo se consultó al Papa Inocencio III, y la resolucion que dió á la consulta.

3 El obispo Altisidorensi, que tenia privilegio Pontificio para disponer de los bienes de los clérigos que morian abintestato en su diócesis, le consultó al Papa si aquellos que cometian ó dejaban su última voluntad á disposicion de otro, se habian de reputar que morian abintestato, á cuya consulta respondió el Papa en estos precisos términos: Que aquel que su última voluntad la deja á disposicion de otro, no parece que muere intestado.

4 En la esposicion que el Papa Inocencio IV hizo, como doctor particular, de este capítulo, fue de dictámen que los bienes de los que morian en el caso de la consulta debian invertirse en obras pias, cuya opinion han seguido constantemente los canonistas.

5 La presente ley hablando de igual caso, esto es, de que uno que no ha nombrado heredero ni dispuesto cosa alguna, da facultad á otro para que pueda hacer su testamento por él, y ordena que el comisario en virtud del poder pueda satisfacer los cargos de conciencia del testador, pagando sus deudas y obligaciones, y á mas pueda mandar distribuir la quinta parte de sus bienes en beneficio del alma del que le dió el poder, y ordena y declara que el remanente de sus bienes se reparta entre los parientes que tuviesen derecho á heredarlo abintestato, y si no tuviese parientes, quiere y ordena que dejando á la muger lo que le corresponde por leyes del reino, se inviertan todos los bienes restantes del que dió el poder en obras pias en provecho de su alma.

6 Cotejada esta disposicion con la del capítulo canónico, es forzoso convenir que la ley de Toro es una arreglada y juiciosa declaracion del espresado capítulo ca-

nónico: en él nada se dice ni determina acerca de la inversion que se ha de dar á los bienes del finado; y solamente se decide que no murió intestado ó sin testamento, pero por la ley se da la norma ó regla que ha de observar el comisario para ordenar el testamento, segun las circunstancias que concurran en el que dió el poder.

7 Cuando este deja parientes con derecho á heredarlo abintestato, le concede la ley al comisario, conciliando el derecho de aquellos con el interés y beneficio del alma del finado, que satisfaga los cargos de conciencia de este, y pueda disponer de la quinta parte de sus bienes en provecho de su alma, y que los demas bienes se partan entre los parientes que lo heredarian abintestato, lo que es enteramente conforme á lo que establecen las leyes del reino cuando el testador tiene descendientes legítimos, pues permitiéndosele entonces pueda disponer de la quinta parte de sus bienes en benecio de su alma ó en otros fines, no era consiguiente ni regular que al comisario se le diese facultad para disponer de mayor cantidad que la que se le permitia al testador, y la ley solo varía en que fija y señala los fines en que se habia de hacer la inversion de dicha quinta parte de bienes.

8 Tambien estaba el testador obligado por nuestras leyes á dejar todos los demas bienes á sus descendientes legítimos, y esto mismo ordena la presente ley que se haya de ejecutar, y otro tanto se ha de decir en caso que los herederos abintestato del que dió el poder, sean ascendientes legítimos, por ser igualmente herederos forzosos, como los descendientes, segun se declara en la ley 6.ª de Toro; y nada aumenta la presente ley en querer que vengan á la herencia del que dió el poder los parientes colaterales que tendrian derecho de heredarlo abintestato, pues asi está dispuesto por derecho real.

9 Por último, para el caso en que el que dió el poder no dejase parientes algunos de los arriba nombrados, manda la ley que el comisario, dejándole á la muger del que dió el poder lo que pertenezca segun leyes del reino, disponga de todos los demas bienes en obras pias por el alma del testador, y en ninguna otra cosa mas.

10 En esta parte aprueba y confirma la ley la opinion de los canonistas, que afirman que segun el capítulo canónico los bienes de aquellos que dejan su última voluntad á disposicion de otro, se deben emplear é invertir en obras pias.

11 De esta disposicion de la ley, y de la preferencia que da á las obras pias en los bienes del finado con respecto á los herederos estraños que llaman nuestras leyes para heredar abintestato los bienes de aquellos que han muerto sin dejar parientes dentro del décimo grado, como son la muger legítima, y en su defecto el fisco, por la ley 6.ª, tit. 13, partida 6.ª se convence hasta la evidencia que la presente ley confirmó y ratificó la decision del capítulo canónico en la declaracion que hizo de que los que morian en el caso de la consulta no debian considerarse como que habian muerto abintestato, pues á no haber sido el espíritu de la ley de Toro en aprobar la resolucion del capítulo canónico, hubiera llamado á la muger del finado, y en su defecto al fisco, que eran herederos abintestato por las leyes reales con preferencia á las obras pias.

12 En suma, la esposicion que se ha hecho de la ley está reducida á que si el que dió el poder para hacer testamento deja parientes con derecho de venir á heredar abintestato, el testamento que haga el comisario, en virtud de dicho poder se ha de limitar á satisfacer los cargos de conciencia del que se lo dió, y á poder disponer de la quinta parte de sus bienes en beneficio de su alma, pero si no deja parientes con derecho de venir á heredar abintestato, la facultad del comisario se estiende á disponer de todos los bienes en obras pias, en beneficio del que le dió el poder, despues de haber dejado á su muger legítima lo que le corresponda por leyes de estos reinos.

13 Debe notarse aqui que la facultad que se da al comisario no es para que disponga, sino para que pueda disponer de la quinta parte de los bienes, de que se debe inferir que no se le obliga á invertir toda la quinta parte, y de consiguiente se sostendrá su disposicion aunque sea de menor cantidad que la quinta parte.

14 Paso á hora á hacerme cargo de los argumentos y objeciones que podrán formarse contra la esposicion que dejo hecha. En primer lugar se dirá que supongo indebidamente que en las palabras de que usa la ley, de parientes que vinieren á heredar abintestato, se comprenden tambien los descendientes y ascendientes del finado, lo que es absolutamente falso y contrario á lo de-

clarado en la ley 36, en la que se dice clara y terminantemente que cuando los parientes que vinieren á heredar abintestato al que murió sin testamento por no haberlo hecho el comisario son de la línea de los descendientes ó ascendientes, se les han de entregar íntegramente los bienes del finado, sin deducir de ellos la quinta parte, á diferencia de cuando los parientes son colaterales, que estarán obligados, y se les podrá compeler á que dicha quinta parte la inviertan en obras pias; de que se infiere que si en la presente ley en la espresion de parientes que vienen abintestato se comprendieran los descendientes y ascendientes, no podria el comisario disponer de la quinta parte de los bienes del finado, y de consiguiente se convence que en la espresion de parientes que vinieren abintestato solo son comprendidos los colaterales, pues de lo contrario se seguiria que las dos leyes estaban en una manifiesta contradiccion.

15 Pero sin embargo, aunque á primera vista parezca este argumento sólido y fundado, es fácil desembarazarse de él diciendo que tanto en la ley presente como en la 36, en la espresion de parientes que tengan derecho de venir abintestato son comprendidos todos los que por leyes reales gozan de aquel derecho, bien sean descendientes, ascendientes y colaterales; la razon que tuvo la ley 36 para mandar se entreguen íntegramente los bienes á los descendientes ó ascendientes, sin obligacion de emplear la quinta parte de ellos en obras pias, consiste en que en el caso de que habla aquella ley, ni el que dió el poder ni el comisario dispuso de la quinta parte de los bienes, y en el caso de la presente el comisario, en uso de las facultades que le concedió el finado, y se le declaran por la ley, dispuso del quinto de los bienes, y no hay la menor apariencia de contradiccion en que en diversidad de casos varíen las disposiciones.

16 El fundamento que tuvo la ley 36 para declarar que á los descendientes y ascendientes se les entreguen íntegramente los bienes sin obligacion de invertir el quinto de ellos en obras pias, y así á los colaterales, lo espondré en el Comentario de dicha ley.

17 Tan lejos está de inferirse de la decision de la ley 36 que en la espresion de parientes que vinieren á heredar abintestato de que usa la ley 32, no se comprenden los descendientes y ascendientes, sino solo los colaterales, que antes se deduce todo lo contrario, como se persuade con el siguiente raciocinio; de la misma espresion se vale la ley 32 para nombrar y espresar los parientes que han de heredar abintestato, que la que usa la ley 36, como se convence del literal cotejo de sus palabras, es así que en la espresion de la ley 36 se comprenden los descendientes y ascendientes igualmente que los colaterales, luego lo mismo debe decirse que sucede en la espresion de que usa la ley 32.

18 Aun se persuade esto mismo con el siguiente dilema, ó los descendientes y ascendientes del finado son parientes que vienen á heredar sus bienes abintestato ó no; si se dice lo primero, es forzoso confesar que estan comprendidos en la espresion de la ley, porque las palabras de que usa en su natural y propio significado los comprende; si lo segundo, se contraviene espresamente á lo dispuesto en las leyes 3.ª y 4.ª, título 13, partida 6.ª, y en las 7.ª y 12 de las leyes de Toro.

19 Tambien hay otra razon de congruencia que corrobora esta misma opinion, y es el fijar la ley la cuota de lo que puede disponer el comisario en beneficio del alma en la cuarta parte de sus bienes, pues teniendo facultad el testador para disponer mas de la quinta parte cuando sus herederos no eran de la línea de descendientes, correspondia que la ley le hubiera dado facultad al comisario para disponer de mayor cantidad cuando los que habian de heredar abintestato eran colaterales, de que se infiere con bastante fundamento que el fijar la ley la cuota de que podia disponer el comisario en la quinta parte, fue para dar á entender que le daba la misma facultad que tendria el testador si hubiera hecho testamento, y sus herederos fueran descendientes, de que se deduce, no sin apariencia de verosimilitud, que estos tambien fueron comprendidos en la espresion de parientes que vinieren á heredar abintestato.

20 Tello en la ley 32, número 10, y en la 36, número 4.º, es de parecer que habiendo descendientes ó ascendientes no puede el comisario distribuir el quinto de los bienes del testador en beneficio de su alma, y del mismo dictámen es Gutierrez en el libro 2.º, cuestion 44 de las civiles; pero Antonio Gomez en la ley 37, número 1.º, Matienzo en la 10, tít. 4.º, lib. 5.º de la Re-

copilacion, glosa 4.ª, número 3.º, y Avendaño en la 32, glosa 1.ª, número 11, defienden lo contrario, que aun habiendo descendientes y ascendientes del testador que lo hereden abintestato, puede el comisario disponer de la quinta parte de los bienes en beneficio del alma del que le dió el poder; pero unos y otros apoyan sus respectivas opiniones, ó en sus meras aserciones, ó en raciocinios tan débiles que casi nada prueban, como lo conocerá el que los lea.

21 Merece se haga alguna detencion para examinar por qué la ley cuando habla del caso en que por no haber parientes que vengan á heredar abintestato ordena que se deje á la muger del difunto todo lo que le pertenece por leyes del reino, y que los bienes restantes se inviertan en obras pias, y cuando deja el finado parientes con derecho de heredarlo abintestato nada dice de que se haga á la muger entrega de los bienes que le pertenecen por leyes del reino, siendo asi que dichos bienes se deben á la muger tanto en un caso como en otro.

22 En prueba de ello basta tener presente que son de la muger, y se le deben los bienes dotales, los parafernales, las arras, la donacion esponsalicia en los casos prevenidos en la ley 52 de Toro, la mitad de los gananciales, si los hubiere, y la cuarta parte de los bienes del marido, caso que ella sea pobre, y no esceda dicha cuarta parte del valor de cien libras de oro, segun se dispone en la ley 7.ª, tít. 13, partida 6.ª, en donde afirma el señor Gregorio Lopez en la glosa 9.ª, que la espresada ley no está derogada por ninguna posterior, siendo asi que escribió sus glosas á las partidas casi cincuenta años despues de la publicacion de las leyes de Toro; pero prescindo de entrar á examinar este punto por no ser lugar oportuno para hacerlo.

23 Perteneciendo, pues, los bienes referidos á la muger con dominio ó crédito seria un absurdo pretender que se le privaba de todos ellos si el marido dejaba parientes que le sucediesen abintestato. ¿Cuál fue, pues, la razon que movió á la ley para no hacer mencion de ellos cuando heredaban los parientes, y sí cuando se habia de invertir en obras pías los bienes del testador?

24 Digo que segun mi parecer, porque ninguno de los varios espositores que he visto ha suscitado esta duda ni propuesto declararla, sin embargo de que no escusan suscitar otras ó del todo inútiles ó menos conducentes que la presente para la inteligencia de la letra de la ley; digo, pues, que á mi parecer la razon que hubo para esto fue que tratando la ley de los bienes de que debia disponer el comisario cuando el testador no dejaba parientes que lo heredasen abintestato, no solo era conveniente, sino preciso que antes de llegar á hacerse la inversion de los bienes en obras pias por el comisario, se separasen los que pertenecian á la muger, para no incurrir en el inconveniente de aplicar á obras pias bienes que en realidad no eran del testador, y sí de su muger.

25 Tambien á esta compete derecho en los bienes del marido, el que es tan notorio por nuestras leyes pátrias, á su herencia muerto abintestato sin dejar parientes dentro del décimo grado, y en especial por la ley 6.ª, tít. 13, partida 6.ª, que el señor Campomanes en su tratado de la Regalía de amortizacion en el capítulo 21, número 20, no duda afirmar que por nuestras leyes pátrias la muger en este caso es preferida al fisco en los bienes del marido, como espresamente se ordena en dicha ley. Y la misma preferencia se da al marido muerta la muger en igual caso, cuya ley está tomada de la ley 1.ª, C. *unde vir, et uxor.*

26 Como esta razon no regía en el caso de que hubiese parientes que heredasen abintestato, por pasar á estos toda la herencia con las acciones, tanto pasivas como activas, en representacion de la persona del difunto, y en su virtud toma la muger espedíto su derecho para repetir contra ellos los bienes que eran suyos ó se le debian, por lo tanto era ocioso que la ley en este caso hubiera mandado hacer antes de incorporarse la herencia en los herederos abintestato la deduccion ó separacion de los bienes que pertenecian á la muger.

27 Para la mas cumplida inteligencia de esta ley conviene tener presente que si el testador cuando dió el poder para hacer testamento espresó que el comisario dispusiera de todos los bienes en beneficio de su alma, deberia cumplirse su voluntad si los parientes que deja, que habian de venir á heredar sus bienes abintestato, son colaterales, por no ser estos herederos forzosos del testador, y como este los puede escluir en un testamento, tambien puede dar facultad al comisario para que los escluya en el que otorgue por él, como claramente se deduce de la ley 3.ª de Toro, en la que

sin embargo de haber nombrado heredero el testador le permite al comisario que pueda disponer de mas del quinto de sus bienes, si espresamente le dió facultad para ello, lo que precisamente se ha de entender cuando el heredero era colateral ó estraño, y en ninguna manera cuando era descendiente ó ascendiente, como allí espuse.

28 Por último, si la disposicion es en favor de los pobres se deben entender los del lugar del domicilio del testador, segun la ley 49, §. 3.º, C. *de episcopis et clericis*, y la 20, tít. 3.º, partida 6.ª, que espresamente ordena que si el testador no señalase los pobres á quienes dejaba la manda debe repartirse esta entre los pobres de aquel lugar donde hizo el testamento.

Ley XXXIII de Toro; es la 7.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

El commisario para hacer testamento, ó mandas, ó para declarar por virtud del poder que tiene lo que ha de facer de los bienes del testador, no tenga mas término de cuatro meses, si estaba al tiempo que se le dió el poder en la ciudad, ó villa, ó lugar donde se le dió el poder, y si al dicho tiempo estaba ausente, pero dentro de estos nuestros reinos, no tenga ni dure su poder mas de seis meses, é si estuviere fuera de los dichos reinos al dicho tiempo tenga término de un año é no mas. E pasados los dichos términos no pueda mas hacer, que si el poder no le fuere dado, é vengan los dichos bienes á los que los habian de haber, muriendo el testador abintestato: los cuales términos mandamos que corran al tal commisario, aunque diga é alegue que nunca vino á su noticia que el tal poder le habia sido dado. Pero lo que el testador le mandó señalada é determinadamente señalando la persona del heredero, ó señalando cierta cosa que habia de hacer el tal commisario, mandamos que en tal caso el commisario sea obligado á lo facer: y si pasado el dicho término no lo ficiere que sea habido como si el tal commisario lo ficiese ó declarase.

COMENTARIO

á la Ley 33 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el comisario para hacer testamento, mandas, ó disponer de los bienes del testador en virtud del poder que se le ha conferido, no tenga mas de cuatro meses de término, si estaba presente en la ciudad, villa ó lugar donde se le dió el poder; pero si estaba ausente, aunque dentro de estos reinos, no dure su poder por mas de seis meses, y si estuviere fuera de los dichos reinos tenga el término de un año, y no mas, y que pasados no pueda hacer uso alguno del poder, y recaigan los bienes en los herederos abintestato del que habia dado el poder, y que los referidos términos corran aunque el comisario diga y alegue que no tuvo noticia de que se le habia dado el poder; pero lo que el testador demande determinadamente espresando la persona, ó señalando cosa cierta que habia de hacer, en tal caso el comisario está obligado á hacerlo, y si pasado el término no lo hubiese hecho, que se tenga como hecho declarado por el mismo comisario.

2 Se hace preciso advertir para evitar el inconveniente en que incurrió Antonio Gomez y Tello Fernandez en el Comentario á esta ley, de confundir los comisarios para hacer testamento con los ejecutores testamentarios, como lo observaron Matienzo en la ley 7.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª; Acevedo en la misma ley, y Carpio en el lib. 3.º, capít. 1.º *de executoribus*, número 30 y siguientes, que la presente ley únicamente habla de los comisarios para hacer testamento, por lo que son inconducentes para apoyar la decision de esta ley, asi el capít. 3.º *de testamentis*, como la ley 6.ª, tít. 10, partida 6.ª, que solo tratan de los ejecutores testamentarios, entre los cuales y los comisarios para testar media la notable diferencia que aquellos son para ejecutar el testamento, y estos para hacerlo.

3 El término que por la ley se señala al comisario para otorgar el testamento varía segun la diversidad de distancias á que se encontraba este del lugar en que se hallaba el testador en el dia que le dió el poder, y es de tal modo fatal y perentorio, que no admite en manera alguna ampliacion ó próroga, y asi no tiene lugar la restitucion, como lo reconoce Gomez en el número 3.º del Comentario á esta ley, Palacios Ruvios en el número 7.º de la misma, y Matienzo en la glosa 3.ª de la ley 7.ª, del título y libro citado, dando por razon que cuando en algun caso se señala dia y pena para ejecutar alguna cosa, si no

se hace no se puede purgar la tardanza ú omision, como se dispone en la ley 23, §. *de illo*, ff. *de actionibus et obligationibus*, y otras varias que citan los mismos autores, y tambien porque cuando la ejecucion la hace la ley, privando á uno del derecho que transfiere á otro, no tiene lugar la restitucion, segun la ley 3.ª, ff. *de legatis* 2.º, y la 3.ª §. *sed et si quis*, C. comun *de legatis*, sin que tampoco pueda tener lugar la restitucion por razon de menor edad, por no admitirse cuando no es beneficio y utilidad del que la pide, sino de un tercero, quien debe imputarse á si el haber dado la comision ó el encargo á una persona poco solícita y diligente, como lo afirma Gomez en el número 4.º, y Matienzo en la glosa 5.ª del lugar ya citado, sin que pueda servirle de escusa alegar que no llegó á su noticia la comision, como espresamente lo advierte la misma ley, y si en este caso no se concede restitucion, menos se debe conceder en el de menor edad.

4 Supuesto que pasado el término no puede ya el comisario otorgar el testamento, y queda en los mismos términos que si no le hubiera dado el poder, pasa la ley á manifestar quién ha de suceder en los bienes del que dió el poder, y dice que vengan á los que habian de haber muriendo el testador abintestato.

5 Como el término que se concede por la ley al comisario para ordenar el testamento es en beneficio del testador para que cuanto antes se cumpla su voluntad, puede este estenderlo ó limitarlo, como le parezca segun lo reconoce Palacios Ruvios en el número 3.º de esta ley, y Gomez al número 2.º y otros. La misma facultad se concede al testador respecto de los ejecutores testamentarios por la presente ley 6.ª, título 10, partida 6.ª

6 De estas palabras infiere Matienzo en la glosa 4.ª á esta ley una consecuencia harto estraña y peregrina, afirmando que de ellas se deduce que el testador murió con testamento, y de consiguiente testado en cuanto á la institucion de heredero aunque él no lo haya nombrado ni mandado que otro lo nombrase, porque dice se presume instituido aquel que habia de suceder si el testador hubiera muerto abintestato, luego no murió de ese modo; hasta aqui Matienzo, quien se refiere á lo que dejaba dicho en la ley 1.ª, glosa 10, número 47 y 56 de la glosa 13 del mismo título y libro.

7 Pero tan lejos está de que la ley 1.ª, á que se refiere, favorezca su opinion, que antes bien presenta un argumento irrefragable con que se destruye: dice, pues, aquella ley hablando del caso en que el testador habiendo otorgado su testamento y hecho algunas mandas sin haber nombrado heredero alguno, que herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, con lo que claramente manifiesta; que cuando el testador no hace testamento han de suceder en sus bienes los herederos abintestato, es asi que la ley de Toro habla espresa y determinadamente del caso en que el testador murió sin testamento por no haberlo hecho por sí, ni el comisario por él, con que deben suceder en sus bienes los herederos abintestato.

8 Es dogma legal en la jurisprudencia que el que no hace testamento por sí ni por medio de otro, muere abintestato, y le heredan las personas que la ley llama para este caso, que es el mismo de que habla la presente ley, pues de ella consta que ni el que dió el poder ni el comisario otorgaron testamento, con que se hace evidente y demostrable que el que dió el poder murió sin testamento, y de consiguiente abintestato.

9 Afirma Matienzo en la referida glosa 4.ª de esta ley que en ella, aunque el testador no nombró á ninguno por heredero ni mandó á otro que lo nombrase, sin embargo se presume que fue instituido aquel que habia de suceder si hubiera muerto el testador abintestato, cuya proposicion envuelve el mayor absurdo y contradiccion: si el testador no nombró heredero ni otro lo nombró por él, ¿cómo supone de que lo instituyó por heredero? ¿No es una maxima legal, asi por derecho civil de los romanos como por el real de las partidas en la ley 11, tít. 3.º, partida 6.ª, y últimamente por la ley 31 de Toro, que el testador ha de nombrar clara y espresamente el nombre del heredero, y que de otro modo no vale y es nula la institucion? ¿Pues cómo se ha de admitir y reputarse por válida una institucion de heredero que se supone, hecha presuncion? Hasta ahora no se ha conocido medio en la jurisprudencia entre herederos ex testamento ó abintestato, y lo que es lo mismo entre herederos que lo son *ex voluntate hominis* ó *ex dispositione legis*, es asi que en el caso de que habla la ley el

heredero no lo es *ex volantate testatoris*, como queda manifestado hasta la última evidencia, con que es preciso que lo sea *ex dispositione legis*, como lo son todos los que suceden abintestato.

10 El decir la ley que vengan los bienes á los que los habian de haber, muriendo el testador abintestato, no es para dar á entender que murió con testamento, sino para manifestar y declarar que sin embargo de la voluntad que habia indicado de que el comisario hiciese testamento por él, por no haberlo ejecutado habia quedado en el caso de morir abintestato.

11 Olvidado el mismo Matienzo de la opinion que habia sostenido en la esposicion de la ley 33 de Toro, ó persuadido de su falsedad, afirma en la glosa 5.ª de la ley 36, que habla del mismo caso de que el testador diese poder para hacer testamento y el comisario no usase de él, que los herederos legítimos transversales suceden abintestato cuando el comisario no quiso ó no pudo hacer el testamento dentro del tiempo señalado, sin embargo de que la ley usa de la misma espresion que la 33 de que vengan los bienes á los parientes que hubiesen de heredar sus bienes á los parientes, aunque es cierto que materialmente usa la ley 33 de diversas palabras, cuales son que vengan los bienes á los que los habian de haber muriendo el testador abintestato, en la substancia se ha de confesar que son las mismas, pues de lo contrario se seguiria el absurdo de tener que decir que hablando las dos leyes de un mismo caso eran diversas las resoluciones.

12 Por último, tambien se persuade la falsedad de la opinion de Matienzo por la misma ley que intenta esponer, pues en ella se ordena que para que se tenga por hecho lo que el testador mandó, aunque el comisario no otorgara el testamento debia haberlo mandado el testador señalada y determinadamente, y pone por ejemplo el que hubiera hecho el señalamiento de la persona del heredero. ¿Si era, pues, necesario, segun la misma ley, que el testador señalase la persona del heredero para que este lo fuese en realidad, cómo se habia de tener por tal el que solo tenia á su favor la presuncion? En estos absurdos se incurre cuando se pretende, ó singularizarse, ó sutilizar mas de lo que conviene.

13 Despues de haber dispuesto la ley que pasados los términos que se conceden al comisario para otorgar el testamento no pudiera hacer mas que si el poder no le hubiera sido dado, pasa á poner la escepcion de la regla que habia establecido, reducida á que si el testador hubiese mandado señalada y determinadamente hacer alguna cosa se deberia tener por hecha, aunque hubiere pasado el término señalado al comisario para disponer el testamento; resta, pues, examinar ahora cuándo se ha de entender que el testador señalada y determinadamente mandó hacer alguna cosa.

14 La misma ley declara y esplica por medio de ejemplos cuándo el testador determinada y señaladamente manda alguna cosa, y dice que esto se verificaria si señalare la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el comisario, en cuyo caso sino lo cumple el comisario por no haber otorgado el testamento, quiere la ley que la persona señalada por el testador se tenga por heredero y goce los derechos de tal. De este ejemplo del señalamiento del heredero se ha de inferir que el otro que propone señalar cierta cosa ha de entenderse del mismo modo, de forma que aun cuando el comisario otorgase el testamento no tenga que elegir ni arbitrar ni declarar cosa alguna, sino repetir en el testamento lo que habia mandado y señalado el que le dió el poder, como así lo reconoce Tello en el número 3.º del Comentario á esta ley.

15 Suponiendo este autor que la comision dada por el testador sea para mejorar, pasa á proponer y resolver algunas dudas, y dice que si el poder dado al comisario fue para que mejorare alguno de los hijos del testador, y el comisario no otorgare el testamento, ninguno de los hijos seria mejorado, por ser la mejora título de comparacion, y tambien puede añadirse por ser necesaria la eleccion del comisario que no se verificó, lo mismo afirma que se debe decir en el caso de que el testador solo tenga nietos con derecho de sucederle, y á la verdad la razon es la misma, y obra igualmente en ambos casos.

16 Mayor dificultad tiene el tercer caso que propone, cuando dejando el testador hijos, nietos ó viznietos dió facultad al comisario para que mejorase á uno de sus nietos ó viznietos, y afirma que no eligiendo el comisario el que habia de ser, todos se habian de tener por mejorados en perjuicio de los hijos, y alega para ello la ley 77, §. *Rogo* 25, ff. *de legatis* 2.º, dan-

do por razon que por lo que hacia el testador ya estaba hecha la mejora, y solo se esperaba en quién recaía la eleccion, y por lo tanto, sino elegía el comisario debian ser admitidos todos los del mismo grado; pero sin embargo se debe decir que esta opinion de Tello es enteramente falsa, por ser opuesta á la voluntad espresa del testador, pues aunque sea cierto que á los hijos no se les aumenta el perjuicio de que sean mejorados todos los nietos, ó uno solo de ellos, por privárseles igualmente en uno, y otro caso de los bienes de la mejora, se contraviene claramente á la voluntad del testador, que espresa y determinadamente quiso que uno solo de sus nietos fuese el mejorado.

17 De nada aprovecha que de parte del testador estuviese ya hecha la mejora si dejaba á la voluntad del comisario elegir al que la habia de obtener, pues no eligiendo este debia reputarse por no hecha, á causa de que faltaba la eleccion que se habia cometido al comisario, lo que es conforme á lo que tenia dicho el mismo Tello en el número 4.°, en donde espresamente afirma que si la comision fue para mejorar á uno de los hijos, y el comisario no elige, no vale la mejora, de que infiere que de este caso no dispone la presente ley.

18 Tampoco aprovecha para el intento la ley citada, ff. *de legatis*, porque en el §. que espresa se habla del caso en que el testador dejó in fideicomiso á una madre para que lo distribuyera entre sus hijos, segun el mayor ó menor mérito que hubiesen contraido con ella, y despues de haber indicado el jurisconsulto Papiniano que el fideicomiso se entendia dejado á todos los hijos, aunque no lo merecieran, igualmente pasa á resolver lo que debia observarse si la madre no habia hecho la eleccion ó distribucion de las partes que cada uno habia de percibir, y afirma que solo debian ser incluidos aquellos que positivamente habian desmerecido ser admitidos á la division; de la simple relacion de este caso se advirte la gran diversidad que media entre él y el de la duda propuesta, y consiste en que en aquel el testador dejó el fideicomiso para que se distribuyera entre todos los hijos, y en este se deja la mejora para uno solo de los nietos, y asi nada tiene de estraño que en el caso del fideicomiso no habiendo hecho la madre la eleccion, sucedan todos los hijos que no lo desmerecieren, por haberlos llamado á todos el testador; pero en el caso de la mejora, como solo quiere que se verifique en uno solo de sus nietos, se contravendria espresamente á su voluntad y á su disposicion si todos los nietos participasen de ella.

19 Aun pasa Tello á proponer otro cuarto caso ó duda mas amplio que el anterior, de forma que la comision fuese estensiva á poder elegir para la mejora á uno de los descendientes del testador, bien fuese hijo, nieto ó vizñieto, en cuyo caso entra á examinar en quién se habia de verificar la mejora, y resuelve que deben entenderse mejorados todos los hijos del primer grado, y aunque supone que no es admisible la mejora entre descendientes de un mismo grado, sin embargo dice que se reputarán mejorados con respeto á los descendientes de grados ulteriores por deberse reputar todos los hijos por un cuerpo, y todos los nietos por otro, y sigue proponiendo varias especies que intenta deducir de un cúmulo de leyes que cita, en cuyo pormenor es escusado entrar militando aqui la misma razon que se alegó en la duda anterior para acreditar su falsedad; si los hijos de primer grado se entendiesen mejorados, se verificaria que la mejora que habia mandado el testador hacer á uno de sus descendientes, bien fueran hijos, nietos ó vizñietos, se repartia entre muchos, y de consiguiente se contravenia á su voluntad.

20 Aun se persuade esto mismo con la siguiente reflexion ó raciocinio: no debe tener mayor estension la mejora que ordenó el testador cuando el comisario no otorgó el testamento que cuando usó de la facultad que le habia dado el testador, es así que en este caso no podia el comisario repartir la mejora entre todos los hijos sin contravenir á la voluntad del testador, que únicamente fue para mejorar á uno de sus descendientes, y á la decision espresa de la ley 31, que ordena que el comisario solo pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder señaló y mandó, y no mas, con que se convence que en el caso referido no se debe tener por mejorados todos los hijos del primer grado.

21 No se opone á esto que en este caso se verificase que los hijos percibian mayor parte en la herencia de su padre que si se hubiera hecho la mejora, porque esta mayor parte de bienes no la percibian por título de aumento de sus legítimas, sino por el de no decrecer, como si el testador

en cualquiera otro caso hubiera muerto abintestato ó con testamento, dejando á sus hijos herederos por iguales partes.

Ley XXXIV de Toro; es la 8.ª, tit. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

El comisario por virtud del poder que tuviere para hacer testamento, no pueda revocar el testamento que el testador habia fecho en todo, ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello.

COMENTARIO

á la Ley 34 de Toro.

1 Dispuso la presente ley que el comisario para hacer testamento por otro no pueda revocar en parte ni en el todo el testamento que hubiere hecho el testador, á no ser que especial y espresamente le hubiere dado poder para ello.

2 A primera vista parece ociosa la disposicion de la presente ley, á causa de que ó el que dió el poder para testar tenia ya hecho su testamento ó no; si lo primero era escusado que diese poder para testar, porque la facultad de dar poder para hacer testamento se concede segun la ley 31 de Toro cuando el que lo ha de hacer ó no puede ó no quiere hacerlo por sí, y en el caso presente ya lo tenia hecho, y de consiguiente era escusado el poder para hacerlo, verificándose que el testador no solo pudo, sino que quiso hacer su testamento. Si no lo tenia hecho era inútil que se le prohibiese al comisario el poder revocarlo en parte ni en el todo, y aun era mas escusado que el que le dió el poder le concediese la facultad de revocar el testamento que tenia hecho, en cuyo caso no se verificaba que ni pudo ni quiso hacer testamento, antes bien todo lo contrario, que pudo y quiso hacerlo por sí.

3 Sin embargo de lo espuesto se ha de decir que la decision de la ley fue prudente y arreglada y compatible respectivamente con los casos que se han espresado: si el que dió el poder para testar no tenia hecho testamento, nada tiene de estraño que diese á otro facultad para hacerlo: si posteriormente mudó de voluntad y quiso por sí hacer su testamento, en este caso declara la ley que en virtud de dicho poder no podrá el comisario revocar el testamento que hizo el testador, fundada al parecer en que el poder para testar no lo es para revocar el testamento ya hecho, y mas principalmente deberá decirse que habiendo cesado la causa que motivó el poder, cual fue el no querer el testador hacer por sí su testamento, debe cesar tambien su efecto.

4 Si el testador tenia hecho su testamento cuando dió el poder para testar, dispone la ley que este poder ningun efecto tenga, á no ser que en él espresamente se le conceda al comisario facultad para revocarlo en todo ó en parte, lo que tampoco tiene nada de irregular, pues asi como despues de dar el poder puede el que le dió variar de voluntad y ordenar por sí su testamento, como se ha visto, del mismo modo puede el que ya tenia hecho su testamento mudar de voluntad y dar facultad al comisario para que lo pueda revocar.

5 Se detienen los comentadores en manifestar y señalar la razon de decidir de esta ley, y dice Gomez que no es otra sino que como el comisario necesita especial poder para testar por otro, por igual razon debe tener espresa facultad para poder revocar el testamento que ya tenia hecho el que le dió el poder, cuya esposicion siguen la mayor parte de los comentadores; pero Tello Fernandez en el número 1.º pretende que la verdadera razon de decidir consiste en que el testamento se confirma por la muerte del que lo hizo, y como la virtud ó efecto de la comision para testar empieza á tener lugar despues de la muerte del que dió el poder, era consiguiente que el testamento que ya estaba perfectamente concluido y confirmado por la muerte del testador no se pueda revocar sin poder especial para ello.

6 Pero séase lo que se quiera de la solidez de estas razones, pues como ya se ha dicho en otros lugares importa poco saber la razon que movió al legislador para formar la ley, con tal que sea clara su resolucion, siendo cierto segun la ley 20 ff. *de legatibus*, que no se puede dar la razon de todo lo que determinaron los antiguos, y por la 25, § 1.º, *de legatis* 3.º, se nos dice que cuando en las palabras no hay duda ni ambigüedad, no se deben admitir cuestiones voluntarias: yo diria que comprendiendo dos partes la resolucion de la ley, á saber, que por el poder para testar no se revoque el testamento ya hecho, y

la otra que viene á ser una escepcion de la decision anterior, esto es, á no ser que se dé al comisario poder espreso para revocar el testamento; la razon para la primera parte de la decision consiste en que el poder para testar solo se da cuando el que habia de hacer el testamento ó no puede, ó no quiere hacerlo, y como cuando se ha verificado que ha hecho por sí testamento han faltado los dos estremos de no poder ó no querer testar, es consiguiente que no tengan efecto los poderes, á mas de que siendo este un remedio subsidiario no debe tener lugar cuando se verifica el ordinario, á la manera que no es admitido el subtituto cuando el instituido acepta la herencia: la razon de la segunda parte de la decision estriba en que habiendo manifestado espresamente su voluntad el que otorgó su testamento de haber querido testar por sí era necesario que espresamente manifestase tambien que habia variado de voluntad para que el comisario pudiese revocar el testamento, porque una voluntad espresa no se destruye por una tácita.

Ley XXXV de Toro; es la 9.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

El commisario no pueda revocar el testamento que obiere por virtud de su poder una vez hecho, ni pueda despues de fecho facer codicillo aunque sea, *ad pias causas* aunque reserve en sí el poder para lo revocar ó para añadir, ó menguar, ó para facer codicillo ó declaracion alguna.

COMENTARIO

á la Ley 35 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el comisario no pueda revocar el testamento que hubiere hecho en virtud del poder que se le dió, ni hacer despues codicilo, aunque sea para causas piadosas, ni pueda reservar en sí el poder para revocar el testamento ó variarlo en alguna parte, aumentándolo ó disminuyéndolo, ni para hacer codicilo ó alguna declaracion.

2 Como la resolucion de esta ley es tan clara y terminante que no deja ninguna dificultad, se ocupan los comentadores en indagar la razon que movió para su decision. Antonio Gomez es de parecer que el fundamento de esta decision es el que como el comisario hace el testamento en virtud de su comision, habiendo concluido el testamento, y verificádose el fin de su comision, debe cesar y acabarse esta, lo que comprueba con el ejemplo del juez que una vez pronunciada la sentencia no tiene facultad de allanarla ó mudarla, segun la ley 55, ff. *de re judicata*, y á semejanza tambien del comisionado para elegir alguna cosa que una vez que haya hecho la eleccion no tiene facultad de variarla con arreglo á lo dispuesto en la ley 20, ff. *de optione legata.*

3 Esta razon, que verdaderamente es sólida y adecuada, no la tiene por tal Tello Fernandez, quien llevado de su espíritu de apartarse de lo que han dicho los que le precedieron y de contradecir sus opiniones, propone como único fundamento de la resolucion de la ley que siendo el testamento del comisario real y verdaderamente del difunto, muerto este no tiene facultad el comisario para alterarlo, asi como si lo hubiera hecho por sí el difunto, quedaba firme y permanente despues de su muerte sin que nadie pueda variarlo ni revocarlo.

4 Sin detenerme á examinar el fondo de la razon que supone Tello motivó la resolucion de la ley por la ninguna importancia que de ello resulta, como dejo indicado en la ley anterior, y ser esta especie de cuestiones mas bien de lujo legal que de utilidad, lo que no se puede dudar es que el poder para testar no lo es para revocar el testamento, asi como el poder específico para comprar no se estiende á poder vender. Si el poder para testar se ampliara á revocar el testamento que ya habia hecho el comisario, tendria este facultad para hacer dicha revocacion sin tratar de otorgar segundo testamento, lo que seria un manifiesto absurdo.

5 El no poder el comisario reservarse la facultad para revocar el testamento nace de que habiendo una vez usado de ella se consume y acaba é implica que nadie se reserve lo que ha gastado y consumido; esto se ha de entender cuando el que se reserva la facultad de revocar el testamento es para hacerlo otorgando segundo, pues sin otorgar otro hecho, seria un absurdo revocar el primero, porque entonces era convertir el poder que recibió para hacer testamento en poder para destruirlo, y que muriese sin testar el que habia da-

do el poder con el fin de morir testado.

6 Por la misma razon que no puede reservar el poder para revocar el testamento ya hecho se le impide y prohibe reservar el poder para hacer las demas cosas que espresa la ley, como son añadir ó menguar el testamento, hacer codicilo ó alguna declaracion.

7 Acaso se dirá contra la máxima ó regla establecida de que la facultad para hacer una cosa se acaba y concluye con el primer acto, que la facultad que concede el Papa á un obispo para hacer testamento de sus propios bienes no se estingue y concluye con el primer testamento, sino que lo puede revocar y variar cuantas veces quiera hasta la muerte, como lo establecen Tello en el número 3.º y siguientes de su comentario á la ley 4.ª de Toro, y Sarmiento en la parte 4.ª, capitulo 4.º, número 3.º y siguientes *de reditibus ecclesiasticis* contra el señor Covarrubias, que defiende la opinion contraria en el cap. 14 *de testamentis*, número 8.º, y lo mismo resuelve el señor Molina en la duda que se propone en el lib. 2.º, cap. 11, números 44 y 45, de si la facultad que concede el Príncipe al padre para fundar un mayorazgo se acabara con el primer acto, y afirma contra Gregorio Lopez que en la ley 32, tít. 9.º, part. 6.ª, glosa 3.ª, §. *sed quid si rex*, sigue la opinion de que una vez fundado el mayorazgo no se puede revocar, que es conocido error afirmar lo contrario, porque la facultad para testar ó fundar un mayorazgo, por ser estos actos de naturaleza revocable, no se consume y acaba hasta que se confirmen con la muerte.

8 Aunque tengo por ciertas y fundadas las opiniones de Tello, Sarmiento y el señor Molina en las dudas de que se ha hecho mencion, sin embargo, en el caso de la presente ley debe sostenerse que una vez hecho el testamento por el comisario queda este sin facultad para revocarlo ni variarlo en parte ni en el todo: la razon de esta diferencia la insinúa Gomez en el número 1.º, donde dice que puede consistir en que el comisario ni hace el testamento en su nombre ni para su propia utilidad, sino para la del que le dió el poder, con cuya esposicion quiso dar á entender que cuando por el superior se concede á un súbdito la facultad de hacer alguna cosa que le estaba prohibida, como por aquella facultad se remueve y quita el estorbo que le impedia la ejecucion del acto, queda en su natural libertad, y de consiguiente si la cosa era por su naturaleza reiterable la puede revocar y variar cuantas veces quiera, porque entonces no solo obra por sí, sino para sí y en su propia utilidad.

9 No sucede lo mismo en nuestro caso, pues por el poder para hacer testamento no se removió algun impedimento legal que hubiere el comisario, sino se le confirió una facultad que nunca le habia correspondido para hacer en nombre del que le dió el poder y á beneficio del mismo el testamento; el que una vez otorgado cesó la causa que motivó la comision, y de consiguiente debió cesar y acabarse esta.

10 Debe tenerse presente para la inteligencia de esta ley que si el testamento que otorgó el comisario es nulo por algun defecto, puede otorgar otro sin que se entienda que revoca el primero, pues lo que es nulo no se puede revocar, y la comision no se cumple con un acto nulo, como se deduce de la ley 10, ff. *de conditionibus*, el de *mest.*, y mas claramente del cap. 26 *de electione in* 6., y lo afirma el señor Molina lib. 2.º, cap. 4.º, número 38 *de prem.*; pero debe advertirse que el testamento que otorgue el comisario por la nulidad del primero lo ha de hacer dentro del término señalado por la ley 33 de Toro.

FIN DEL TOMO PRIMERO.